



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DIFAMACIÓN
ESCRITA EN DERECHO ROMANO

RAQUEL ESCUTIA ROMERO

Madrid
2008



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DIFAMACIÓN
ESCRITA EN DERECHO ROMANO

**Tesis doctoral presentada por
RAQUEL ESCUTIA ROMERO, para la
obtención del grado de doctor,
realizada bajo la dirección del PROF.
DR. D. ANTONIO FERNÁNDEZ DE
BUJÁN FÉRNANDEZ, Catedrático de
Derecho romano.**

Madrid
2008

Memoria de colación de la tesis presentada para la obtención del grado académico de doctora por la licenciada doña Raquel Escutia Romero realizada bajo la dirección del Prof. Dr Antonio Fernández de Buján Fernández, Catedrático de Universidad en el Área de conocimiento de Derecho Romano del Departamento de Derecho Privado, Económico y Social de la Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho.

* La presente Tesis Doctoral se ha desarrollado en el marco de los siguientes proyectos y becas de Investigación:

- Proyectos:
 - o "Derecho administrativo romano, parte general, asistencia pública, dominio público, prestación de servicios públicos y responsabilidad funcional". Entidad financiadora: Ministerio de Ciencia y Tecnología ref. PB1998-0118-C04-01. Director: Fernández de Buján, Antonio
 - o "Derecho Administrativo Romano". Entidad financiadora: Comunidad de Madrid. Consejería de Educación ref. 06/0065/2003. Director: Fernández de Buján, Antonio
 - o "La Reforma en curso de la Jurisdicción Voluntaria: perspectiva histórica, regulación vigente y propuestas de futuro. Derecho comparado". Entidad financiadora: Ministerio de educación y ciencia ref. SEJ2005/08535. Entidades participantes: Universidad Autónoma de Madrid. Director: Fernández de Buján, Antonio
- Becas:
 - o Formación de Profesorado Universitario del Ministerio de Educación FPU 2001-2002
 - o Ayuda Complementaria para los becarios del Programa de Becas de Postgrado para la formación de Profesorado Universitario (BOE núm.188, 7 de agosto de 2001).
 - o Formación de Personal Investigador de la Comunidad de Madrid desde el 2002-2005.

INDICE

INDICE DE ABREVIATURAS	Pág. 6
CAPÍTULO I.-	Pág.10
DIFAMACION ESCRITA EN LAS XII TABLAS	
1. Planteamiento de la cuestión y fuentes.	Pág. 11
2. <i>Malum carmen y carmen famosum</i>	
a. Teoría difamatoria	Pág. 20
b. Teoría mágica	Pág. 29
c. Teoría intermedia	Pág. 40
d. Teoría más recientes	Pág. 41
3. <i>Iniuria</i> noción decemviral:	Pág. 73
a. Análisis de la tradición jurídica	Pág. 80
b. Análisis de la tradición literaria	Pág. 89
c. Análisis de la interpretación de la doctrina	Pág. 98
CAPITULO II.-	Pág. 245
DIFAMACIÓN ESCRITA	
REFORMA PRETORIA	
1. Aspectos generales de la intervención pretoria en la <i>actio iniuriarum</i>	Pág. 245
2. Intervención pretoria en la difamación verbal. <i>Occentare-Convicium facere</i> .	Pág. 253
• elemento objetivo del ilícito edictal <i>de convicio adversus bonos mores</i>	
3. Intervención pretoria en la difamación escrita. <i>Carmen condere- Ne quid infamandi causa fiat</i>	Pág. 304
• elemento objetivo del ilícito edictal <i>ne quid infamandi causa fiat</i>	

CAPÍTULO III.-	Pág. 340
DIFAMACIÓN ESCRITA	
LEX CORNELIA Y REPRESIÓN PÚBLICA	
1. Difamación escrita y la <i>Lex Cornelia de iniuriis</i>	Pág. 340
2. Difamación escrita y <i>Maiestas</i>	Pág. 383
 CAPÍTULO IV.-	 Pág. 398
DIFAMACIÓN ESCRITA	
NOTAS EN TORNO A SU REPRESIÓN EN ÉPOCA	
POSTCLÁSICA Y JUSTINIANEA	
1. <i>Iniuria</i> en la época postclásica y justiniana	Pág. 398
2. <i>Famosis libellis</i>	Pág. 410
 CAPÍTULO V.-	 Pág. 420
CONCLUSIONES	
 INDICE DE FUENTES	 Pág. 430
 BIBLIOGRAFÍA	 Pág. 461

ABREVIATURAS*

A.G.:	Archivio Giuridico Filippo Serafini (Módena).
A.H.D.E.:	Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid).
A.N.A.:	Atti dell'Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli (Nápoles).
A.N.R.W.:	Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (Berlín-Nueva York).
A.J.A.:	The American Journal of Archaeology (New York).
A.J.Ph.:	The American Journal of Philology (Baltimore).
A.U.P.A.:	Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo.
B.I.D.R.:	Bullettino dell'Istituto de Diritto Romano "Vittorio Scialoja" (Milán).
B.R.U.N.S.:	Fontes Iuris Romani Antiqui (Tubinga 1909, reimpr. Aalen 1958).
B.S.A.F.:	Bulletin de la Société Nationale des Antiquaires de France (París).
C.E.:	Chronique d'Égypte. Bulletin périodique de la Fondation égyptologique Reine Elisabeth (Bruselas).
C.I.:	Codex Iustinianus (Corpus Iuris Civilis, ed. García del Corral, Barcelona, 1889).

* Aquellas abreviaturas que no figuran en esta lista están explicadas en el texto.

C.I.L.:	Corpus Inscriptionum Latinarum.
C.I.S.:	Cahiers Internationales de Sociologie (París).
Cl.Q.:	The Classical Quarterly (Oxford).
COLL.:	Collatio legum mosaicorum et romanorum.
C.R.A.I.:	Académie des Iscriptions et Belles Letteres (París).
C.Theod.:	Codex Theodosiani (TH. Mommsen - P.M. Meyer, Dublín-Zurich, 1971).
D.:	Digesta (Corpus Iuris Civilis, ed. García del Corral, Barcelona, 1889).
D.H.A.:	Dialoghes d'Histoire Ancienne (París)
D.S.:	Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines (Daremborg, Saglio, París).
E.D.:	Enciclopedia del Diritto, Milán.
F.I.R.A.:	Fontes Iuris Romani Anteiustiniani.
HABIS.:	Genealogía andaluza e hispánica.
HERMES.:	Zeitschrift für Klassische Philologie (Berlín).
H.S.Ph.:	Hardvard Studies of Classical Philology (Londres).
INDEX.:	Quaderni camerti di studi romanistici (Nápoles).
I.:	Institutae Iustiniani (Corpus Iuris Civilis, ed. García del Corral, Barcelona, 1889).
IURA.:	Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico (Nápoles).
J.E.A.:	The Journal of Egyptian Archeology (Londres).
J.H.S.:	The Journal of Hellenic Studies (Londres).
J.R.S.:	The Journal Roman of Studies (Londres).

JUS .:	Jus. Rivista di Scienze Giuridiche (milán).
KLIO.:	Beiträge zur alten Geschichte (Leipzig).
KTÈMA.:	Civilisations de l'Orient, de la Grèce et de Rome antiques (Estrasbugo):
LABEO.:	Labeo. Rasegna di Diritto Romano (Nápoles).
LATOMUS.:	Latomus. Revue d'études latines (Bruselas).
M.E.F.R.A.:	Mélanges d'archeologie et d'histoire de l'École Française de Rome (París).
N.N.D.I.:	Novissimo Digesto Italiano (Turín).
P.L.R.E.:	Prosopography of the Later Roman Empire.
P.W.R.E.:	Paulys Realenzyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft (Stuttgart-Munich).
Q.U.:	Quaderni Urbinati di cultura classica (Roma).
R.D.P.:	Revista de Derecho Privado (Madrid).
R.E.A.:	Revue des Études Anciennes (Burdeos).
R.E.L.:	Revue des Études Latines (París).
R.G.D.R.:	Revista General de Derecho Romano (iustel.com).
R.H.:	Revue Historique (París).
R.H.D.:	Revue Historique de Droit Français et Étranger (París).
R.I.D.A.:	Revue International des Droits de l'Antiquité (Bruselas).
R.I.L.:	Istituto Lombardo di scienze e lettere (Milán).
R.J.U.A.M.:	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid.

R.I.S.G.:	Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche (Roma).
R.Ph.:	Revue de Philologie, de literature et d'histoire anciennes (París).
R.S.D.I.:	Rivista di storia del diritto italiano (Roma).
S.D. H.I.:	Studia et Documenta Historiae et Iuris (Roma).
S.U.:	Studi Urbinati. Rivista di scienze giuridiche (Milán).
T.R.:	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. (Haarlem).
Z.S.S.:	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung (Weimar).

CAPITULO I.-

LA DIFAMACIÓN ESCRITA EN LAS XII TABLAS

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y FUENTES

Durante los años 451- 450 a.C se fecha la publicación de la Ley de las XII Tablas que constituye un hito en la historia del Derecho Romano¹, tanto por la superación de las insuficiencias del ordenamiento jurídico, como por su contribución definitiva al edificio de la constitución ciudadana consistente en haber dotado de *certeza* a las normas jurídicas que regulaban la vida ciudadana. Las XII Tablas² representan una legislación primitiva no completa³ que, sin embargo, revela claramente hasta qué punto el sentido de igualdad social, la protección de la libertad y el respeto a la autonomía individual eran ya aspectos fundamentales de la convivencia romana; convivencia y autonomía individual que podían verse afectadas por aquellas palabras injuriosas, tanto orales como escritas, que lesionaban la dignidad de la persona, entre ellas los denominados escritos difamatorios.

La represión de la escritura difamatoria durante este periodo ha sido estudiada e interpretada de muy diversas maneras, tanto por

¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, 11ª ed. Madrid 2008 pp. 91 ss.

² Sobre la Ley de las XII Tablas VOIGT. M, *Die XII Tafeln Geschichte und System des Civil-und Criminal-Rechtes, wie Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten. Zweiter Band: Das Civil-und Criminalrecht der XII Tafeln*, Leipzig 1883. RICCOBONO, *La lex XII Tabularium*, Rivista di legislazione comparata, vol. I, 1904, pp. 5 ss. RAGUSA, *Le XII Tavole*, Atenaeum, Roma 1925, pp. 63 ss. (referencia a la tabla 8). APPLETON, *Notre enseignement du droit romain ses ennemis et ses défauts*, Mélanges de Droit Romain dédiés a Georges Cornil. Tomo I, Paris 1926, pp. 44 ss. CORNIL, *Ancien Droit Romain. Le problème des origines*, Paris 1930 pp. 78 ss.

³ A pesar de la apreciación de Livio (3, 34, 6) “*fons omnis publici privatique iuris*” en palabras del Prof. Fernández de Buján A. “no abarca en su totalidad el derecho vigente, pero sí su mayor parte, en especial las normas que regulan las relaciones entre los ciudadanos, lo que supone certeza, objetividad y seguridad jurídica... constituyen asimismo un intento de sistematización y orden expositivo del derecho que servirá de base al edicto del pretor y a las posteriores obras del derecho civil. Supone asimismo un primer intento de separación entre el *ius*, derecho laico, secularizado y el *fas*, imperativos religiosos y morales”.

estudiosos romanistas y filólogos como por historiadores del derecho, cuyas aportaciones básicamente pueden agruparse en las siguientes interpretaciones:

- En primer lugar, la difamación escrita estaría incluida en la norma que prohíbe los encantamientos mágicos Tab 8.1 a), es decir, los denominados *mali carmina*, en una segunda parte Tab.8.1 b) dedicada a los *carmina famosi* y, por tanto, las XII Tablas reprimirían con pena capital, además de las palabras mágicas o encantadoras, también las difamatorias, o como comúnmente se dice, además del *carmen malum* también el *carmen famosum*⁴.
- En segundo lugar se encuentran los autores que sostienen todo lo contrario, que las XII Tablas no se han ocupado, en modo alguno, de la difamación verbal sino que únicamente recogen las fórmulas de encantamiento, de manera que en época decemviral sólo se habrían reprimido los *mali carmina*.
- En tercer lugar podría hablarse de una teoría intermedia que postula que, aunque las XII Tablas sólo contemplan los *mali carmina* como fórmulas mágicas, éstas también podrían difamar a aquellos frente a quienes se dirigían.
- Finalmente, en cuarto lugar se ha planteado la posibilidad de que la escritura difamatoria pudiera constituir parte del delito de *iniuria* en los términos establecidos en este momento: bien siendo el *carmen famosum* uno de los supuestos especiales de *iniuriae* o quizá, más bien, entrando en la noción genérica de *iniuria* como acto *non iure*⁵.

⁴ MANFREDINI, *La Diffamazione verbale nel diritto romano, I, Età Repubblicana*, Milán, 1979, pp. 1 ss.

⁵ D. 47, 10,1 pr. *Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat*.

Todas estas tendencias desarrolladas a lo largo del siglo pasado, principalmente en la primera mitad del mismo⁶, han constituido una larga y fructífera doctrina que sigue manteniendo el interés de los estudiosos actuales⁷ y que intentaremos exponer en el presente capítulo tratando de deducir nuestras conclusiones. La disparidad de opiniones y la falta de unidad en casi todos los temas que serán tratados a continuación son fruto de la escasez de fuentes, tanto jurídicas como literarias, y de la posible corrupción en la interpretación de las mismas, debido a que las referencias histórico-jurídicas de la época decemviral nos son dadas por autores que escriben con dos o más siglos de distancia entre los acontecimientos que narran y el momento en el que los narran.

Por ello, es propia de la época tratada esa falta de unidad en la doctrina de todo cuanto atañe al estudio del *carmen famosum*, *malum carmen* y la *iniuria* decemviral; una falta de unidad que resulta imposible de solventar cuando hemos de remontarnos a época tan primitiva⁸ y a la vez “oscura”. Quizá lo único que admita la doctrina pacíficamente es la existencia en la tabla 8.1. a) y b), de los

⁶ Respecto a la doctrina de principios de siglo XX.- HUVELIN, *Les tablettes magiques et le droit romain*, Études d'Histoire du Droit Commercial Romain. Paris 1929. BECKMANN, *Zauberei und Recht in Roms Frühzeit*, Münster, 1923. FRAENKEL, *Franz Beckmann, Zauberei und Recht in Roms Frühzeit*, Münster, 1923, Gnomon 1, 1925, pp. 185 ss. SMITH, *The Law of libel at Rome*, CQ.XLV, 1951 pp. 169 ss. LINDSAY, *Defamation and the Law unter Sulla*, CPh. XLIV 1949, pp. 240 ss. HENDRICKSON, *Verbal injury, magic, or erotic cosmus?* CPh. XX, 1925 pp. 289 ss. DESPORT, *Proyect d'une étude sur la notion de Carmenet son expression dans la literature latine*, REL.20, 1942 pp. 40 ss. HENDRICKSON, *Occentare Ostium bei Plautus*, Hermes 61, 1926 pp. 78 ss. FRANK, *Naevius and free speech*, AJPh. XLVIII 2 pp. 105 ss. RADIN, *Freedom of Speech in Ancient Athenes*, AJPh. XLVIII 1, pp. 215 ss. RONCONI, “*Malum carmen*” e “*malus poeta*”, Synteleia Arangio-Ruiz 2, Nápoles 1964 pp. 958-971.

⁷ Vid al respecto la doctrina más actual: CASTILLO, M.S, *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*, Madrid 1994, RODRÍGUEZ DÍAZ, E, A propósito de la *actio iniuriarum*, III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, León 6, 7 y 8 de febrero 1997, pp. 349 ss. HAGEMANN, M., *Iniuria, Von den XII- Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Köln, Weimar, Wien, 1998. DE LAPUERTA MONTOYA, *Estudio sobre el “edictum de ademptata pudicitia”*, Valencia 1999. FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación en el Derecho romano*, Valencia 2002. GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección jurídica del honor postmortem en Derecho Romano y en Derecho Civil*, Granada 2002. GUERRERO LEBRÓN, M., *La injuria indirecta en Derecho Romano*, Colección Monografías de Derecho Romano Dirigidas por Pr. Dr. D. Antonio Fernández de Buján, Dykinson, Madrid 2005. BRAVO BOSCH, Mª J., *La injuria verbal colectiva*, Colección Monografías de Derecho Romano Dirigidas por Pr. Dr. D. Antonio Fernández de Buján, Dykinson, Madrid, 2007. MOLLÁ, S., “Relación entre *iniuria* e *iniuria iudicis*”, en Liber amicorum Juan Miquel estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo, Barcelona, 2006.

⁸ FERNANDEZ PRIETO, *La Difamación en el derecho romano*, cit. p. 21.

términos *malum carmen* y *occentare sive carmen condere*, así como la presencia en la tabla 8.2 del término *iniuria*. Pero el contenido específico de dichos términos dado por el legislador decemviral es totalmente controvertido.

Partamos pues del primer punto de discusión, la debatidísima cuestión de si las XII Tablas reprimían con pena capital además de las palabras mágicas o encantadoras, también las difamatorias, o como tradicionalmente se considera, si además del *carmen malum* también el *carmen famosum*.

El mencionado debate, que fue objeto de profundos análisis sólo a partir de los inicios del siglo XX⁹, ha constituido desde entonces objeto de permanente estudio por parte de filólogos, historiadores y romanistas (no sin polémica de forma especial entre los filólogos e historiadores)¹⁰ de finales del siglo XX¹¹. Cabe asimismo destacar el interés demostrado por esta temática por los estudiosos de comienzos de este siglo, en especial, en el marco de la doctrina

⁹ Se puede sin duda afirmar que el tema ha sido objeto de profundo análisis exegético e histórico a partir del notable trabajo de USENER, *Italische Volksjustiz*, en Rheim Museum 56, 1900. También en Kleine Schriften, IV, Leipzig, Berlin, 1903; en éste el autor avala la tesis de que las XII Tablas reprimían en la *occentatio* un caso de difamación verbal, pero al mismo tiempo inicia la obra de desmontaje crítico de la tradición tardorepublicana y clásica relativa a tal ilícito en las XII Tablas, planteando la hipótesis, como se verá a continuación, de la presencia de una glosa en la formulación del precepto traído por Agustín civ. 2,9 que cita literalmente a Cicerón, y da una explicación histórica plausible del hecho descrito por los decenviros con el término *occentare*; con ésto se salía de la vaga y estereotipada noción del *carmen famosum* hasta ese momento dominante. Casi contemporáneamente, el tema era retomado por aquellos autores que han originado las bases para la tendencia o interpretación mágica: HUVELIN, *Les Tablettes magiques et le droit romain*, cit., pp. 219 ss. (ya con anterioridad en Ann. Int. d'hist. Congr. Paris 2, 1902); *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, Lyon 1903, pp. 18 ss. MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystem*, Breslau, 1903, pp. 11 ss.

¹⁰ Véanse las fuertes fricciones de FRAENKEL, *rec* a BECKMANN, *Zauberei und Rech in Roms Frühzeit*, Osnabrück 1923, en Gnomon 1, 1925, pp. 189 ss contra el jurista que “deviato dalla caccia delle interpolazioni nel digesto vede una glossa in Cic, rep. 4,12”

¹¹ MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano 1977; MANFREDINI, *La Diffamazione verbale nel diritto romano, I, Età Repubblicana*, cit., *passim*; MANFREDINI, *L'iniuria nelle XII tavole. Instabilis ex lege (Cornelia de iniuriis)*. Derecho romano de Obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Gener. Madrid 1994, p799-809. MANFREDINI, *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis, en Illicito e pena privata in età repubblicana (Atti convegno Copanello 1990)*, Napoli 1992. BALZARINI, “*De iniuria extra ordinem statui*” *Contributi allo studio del diritto penale romano dell'età classica*, Padua, 1983.

romanista española¹². Representa, en consecuencia, el tema objeto de nuestro estudio, al decir de Manfredini, uno de los así llamados “temas eternos” sobre el que no se terminará nunca de escribir¹³.

Las líneas interpretativas fundamentales, tal y como hemos expresado con anterioridad, son dos: la primera, denominada difamatoria, que postula que las XII Tablas habrían considerado junto a las fórmulas de encantamiento (*mala carmina*) aquellas dirigidas a lesionar la fama (*carmina famosa*); y la segunda que definiremos como mágica, que sostiene por el contrario que las XII Tablas no se han ocupado, en absoluto, de la difamación verbal sino única y exclusivamente de las fórmulas de encantamiento. De una tercera interpretación, que designaremos como intermedia, daremos cuenta en el momento oportuno.

Las fuentes objeto de estudio y de las que surge la disputa son las siguientes:

En primer lugar un texto de Plinio el viejo (23–79 d.C.), quien disertando sobre el tema de la magia y planteándose la cuestión -en su opinión nunca resuelta- de la real eficacia de las *verba e incantamenta carminum*, y tras haber adoptado el sostenimiento de la tesis de la eficacia ilustrada con ejemplos tratados por la historia y por el derecho sacral antiguos, observa que:

PLIN. *Nat*, 28, 17: *non legum ipsarum in XII tabulis verba sunt: qui fruges excantassit, et alibi: qui malum carmen incantassit?*¹⁴

¹² FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación en el Derecho romano*, cit., *passim*. GUERRERO LEBRÓN, M., *La protección jurídica del honor postmortem en Derecho Romano y en Derecho Civil*, cit., *passim*. GUERRERO LEBRÓN, M., *La injuria indirecta en Derecho Romano*, cit., *passim*. BRAVO BOSCH, M^a J., *La injuria verbal colectiva*, cit., *passim*.

¹³ MANFREDINI, *La Diffamazione...*, cit., p. 1.

¹⁴ El fragmento pliniano, como documento que atestigua el hecho de que las XII Tablas reprimían el fenómeno de los encantamientos a través de *carmina*, no es puesto en duda por ninguno de los estudiosos. Para todos véase: HUVELIN, *La notion...*, cit., p. 63; MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte*, p.23;

(¿Estas palabras de las propias leyes no están en las XII Tablas?: “Quien mediante conjuros hubiera encantado la cosecha ajena” y en otro sitio “quien hubiera causado un mal mediante recitaciones mágicas”)

Es evidente que para los sostenedores de la interpretación mágica éste es el único testimonio al que debería tenerse incondicionada fidelidad: los *carmina* considerados por las XII Tablas eran las fórmulas mágicas.

Por el contrario los autores partidarios de la interpretación difamatoria añaden al texto pliniano una serie de testimonios de épocas diversas que son apreciados de forma variada, y de los cuales emergería la aseveración de que las XII Tablas reprimían la difamación verbal.

De entre los textos mencionados principal interés tiene, y por ello se verá tratado prolijamente por la doctrina, el testimonio de S. Agustín (354-430 d.C.) quien en su obra la Ciudad de Dios (413-426) cita a Cicerón (106-43 a.C.). El obispo de Hipona, en el curso de una discusión en torno a la tendencia de los romanos y de los griegos de maldecir de sus dioses, a fin de subrayar la mayor coherencia de los segundos frente a los primeros (consistente en el hecho de que los griegos podían hablar mal tanto de los hombres como de los dioses), cita la costumbre de los romanos que vetaba difamar a los hombres. Ésta tendría su reflejo en un fragmento del tratado *De re publica* de Cicerón, que él afirma referir directamente, si bien modificado “*paululum, propter faciliorem intellectum*”. El fragmento ciceroniano, donde se testimoniaba que la prohibición impuesta a los romanos de hablar mal de los ciudadanos se remonta a una severísima

BECKMANN, *Zauberei und Rech*, cit., p. 46 quien subraya la derivación del testimonio de Varrón; FRAENKEL, *rec* a BECKMANN, *Zauberei...*, cit., p. 188. En cuanto al hecho de que el fragmento reproduzca una cita textual del precepto decemviral, las opiniones, como veremos son muy diversas.

disposición de las XII Tablas, es referida por S. Agustín con el siguiente tenor:

AUG, *civ. 2, 9: nostrae, inquit, contra duodecim tabulae cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, si quis occentavisset sive carmen condidisset quod infamiam faceret flagitiumve alteri...*

(nuestras Doce Tablas, a pesar de que a pocos crímenes impusieron la pena capital, les pareció conveniente establecer esta pena, siempre que alguno vociferase o compusiese versos que causasen infamia y deshonra a alguno...)

Junto a este testimonio aquellos que aisladamente se invocan para sostener la tesis difamatoria son los siguientes:

1.- Cicerón (106-43 a.C.) en *Tusc. 4, 4* tratando de los cármes convivales¹⁵ difundidos en época arcaica sobre el conocimiento (*scia*) de un uso pitagórico, observa que de su antigüedad no se debe dudar ya que *...id quidem etiam XII tabulae declarant, condi iam tum solitum esse carmen quod ne liceret fieri ad alterius iniuriam lege sanxerunt*; así pues, también las XII Tablas prueban sin lugar a dudas que en esa época se hallaba difundido con regularidad el uso de la poesía, porque sancionaron por ley que no era lícito recurrir a ella para causar *iniuria* a otro.

¹⁵ Aquellos cármes propios de los convites: “De ellos (los pitagóricos) se dice que acostumbraban a transmitir algunos preceptos de una forma más oculta recurriendo a los versos y que, mediante el canto y la lira, conducían sus mentes a la tranquilidad desde la tensión de sus meditaciones y un escritor de gran autoridad, como Catón, ha escrito en sus *Origenes* I, 3 que en los banquetes de nuestros antepasados existía la costumbre de que los invitados cantasen por turno, acompañados de la flauta, las empresas gloriosas y las acciones valerosas de los hombres ilustres. De esto resulta evidente que entonces existían, además de las composiciones poéticas, cantos que se escribían para acompañar a los sonidos de las voces. Por otra parte, también las XII Tablas prueban sin lugar a dudas que en esa época se hallaba difundido con regularidad el uso de la poesía, porque sancionaron por ley que no era lícito recurrir a ella en detrimento de otro”.

2.- Horacio (65-8 a.C.) quien, sin ninguna referencia específica a las XII Tablas, tratando en *epist.* 2, 1, 152-155 la *fescennina licentia* (que del jocoso uso rústico consistente en el cambio alterno de versos, se transformó *in rabiem apertam* contra las *honestae domus*) afirma que llegó a su fin cuando ... *lex/ poenaque lata, malo quae nollet carmine quemquam/ describi: vertere modum formidine fustis/ ad bene dicendum delectandumque redacti*, es decir, se propuso una ley y una pena que prohibieran que nadie fuera descrito en una invectiva. Por miedo al garrote cambiaron su tono, reeducados para el bien decir y el deleitar¹⁶.

3.- Horacio, quien pregunta -con afán de conocimiento y quizá aire defensivo- en la *sat.* 2,1 al jurista Trebacio qué riesgos corre componiendo cármes satíricos mantiene con él el siguiente diálogo (v.82 ss): 2 "...*si mala condiderit in quem quis carmina, ius est/ iudiciumque*". "*esto, si quis mala; sed bona si quis iudice condiderit laudatus Caesare? si quis opprobriis dignum latraverit integer ipse?*" / "*solventur risu tabulae, tu missus abibis*"; de manera que Trebacio le advierte: "cuídate, no sea que cause problemas la ignorancia de inviolables leyes. Si alguien compone malos cantos contra otro, hay ley y juicio" "sea, si son malos. Pero, ¿y si los compone buenos, alabado por el juicio de César? ¿y si alguien ladra al digno de oprobio, siendo él íntegro?" "la demanda acabará en risas y tú te irás libre de cargos"

¹⁶ *Fescennina per hunc inuenta licentia morem* 145
uersibus alternis opprobria rustica fudit,
libertasque recurrentis accepta per annos
lusit amabiliter, donec iam saeuos apertam
in rabiem coepit uerti iocus et per honestas
ire domos impune minax. Doluere cruento 150
dente lacessiti, fuit intactis quoque cura
condicione super communi; quin etiam lex
poenaque lata, malo quae nollet carmine quemquam
describi; uertere modum, formidine fustis
ad bene dicendum delectandumque redacti. 155

4.- Porfirio (232/233-ca. 304/s.IV d.C.), glosando a Horacio, en la *Epist.* 2, 1, 154 observa: *fustuarium suplicium constitutum erat in auctorem carminum infamium* (se estableció el suplicio mediante apaleamiento para los autores de cármenes infames); y en el comentario a Horacio, *Sat.* 2, 1, 81 afirma: *quia lege cautum erat, ne quis in quemquam maledicum carmen scriberet*; es decir, porque se establecía por ley que nadie escribiera un maledicum carmen contra alguien.

5.- Arnobio (260-327 d.C) en su *nat.* 4, 34 afirma que *carmen malum conscribere, quo fama alterius conquinetur et vita, decemviralibus scitis evadere noluitis impune*; es decir, escribir un carmen malo, que zahiere la fama y vida de otro, no queda impune al conocimiento de los decemviros.

6.- Ps. Cornuto en el comentario a Pers. 1, 123, afirma: *lege XII tabularum cautum est, ut fustibus feriretur, qui publice invehebatur*; así es dispuesto por la ley de las XII Tablas, la fustigación para quien públicamente ha atacado con invectivas.

7.- Por último se acude a un texto de las Sentencias de Paulo PS 5, 4, 6: *iniuriarum actio...lege introducta est, Lege XII tabularum de famosis carminibus...* donde se relata que la acción de injurias ...es introducida por la ley, Ley de las XII Tablas referida a los cármenes difamatorios.

De todo este grupo de testimonios aportados se puede conjuntamente apreciar junto con MANFREDINI¹⁷ que la tradición ciceroniana, según la cual las XII Tablas reprimían *capite* (con la pena capital) la difamación producida a través de *occentare* y el *carmen condere*, se altera sensiblemente en época posterior. Así junto a las

¹⁷ MANFREDINI, *La diffamazione...*, cit., p. 4.

XII Tablas, que continúan siendo prioritariamente nombradas como la fuente de la más antigua normativa en el tema de la difamación verbal, aparece también una misteriosa y no mejor identificada *lex* (en Horacio y Porfirio). La *occentatio* es completamente olvidada a favor del *carmen*, que, por otra parte, es interpretado de múltiples maneras: Arnobio habla de *carmen malum conscribere*; Horacio y su glosador, refiriéndose no expresamente a las XII Tablas sino a una *lex*, citan, respectivamente, *malum carmen describere* (o *condere*) y *carmen infame* (o *maledicum*) *scribere*; las Sentencias de Paulo mencionan al *carmen famosum* y, finalmente, el único testimonio que no habla del *carmen* como medio de difamación es el de Pseudo Cornuto quien usa novedosamente la locución *publice invehi*. Como se puede observar, en la tradición postciceroniana prevalece la tendencia a concebir el antiguo derecho sobre la difamación verbal como circunscrito al *carmen* literario (*scriptum, conditum*) y a entender la sanción en los términos de *supplicium fustuarium* o *fustis*. Por último, hay que señalar como un anacronismo comúnmente admitido la configuración de este ilícito, el *carmen famosum* -tal y como es recogido en las *Sententiae*- como un caso de *iniuria* en las XII Tablas¹⁸.

¹⁸ Como se verá más adelante en toda la más reciente literatura uniformemente se excluye que los *carmina*, tanto *mala* cuanto *famosa*, estuvieran comprendidos en el concepto de *iniuria* en las XII Tablas y, por tanto, se rechaza el testimonio de PS 5, 4, 6. A este respecto se hace notar que la asunción del *carmen famosum* en la *iniuria* se remonta al momento de la ampliación de esta noción operada por el pretor con la emanación de los edictos especiales de manera que la *iniuria* en las XII Tablas se refería a la violencia física (PUGLIESE, *Studi sull'iniuria I*, Milano 1940); que probablemente en el fragmento de las Sentencias de Paulo estemos en presencia de una interpolación visigótica como parecería emerger comparando PS 5,4,6 y Coll.2,5,5 como sostiene HUVELIN en *La notion...*, cit., p. 79.

Particularmente incluso los sostenedores de la tendencia difamatoria, quienes ponen insistentemente el acento sobre el carácter de crimen de la difamación en las XII Tablas, rechazan también el encuadramiento del ilícito en la noción privatística de la *iniuria*, referida a la antigua ley por el fragmento citado por las *Sententiae* (así por todos FRAENKEL, cit., p. 197). Más genéricas críticas provoca el texto a SAMONATI, sv. *Libellus* en DE IV, p. 819 ss. Hasta ahora es totalmente aislada la opinión de VOIGT, *Die XII Tafeln*, II, Leipzig 1883 pp. 522 ss quien plantea la hipótesis, con referencia a la *iniuria* en las XII Tablas, de la existencia de una *a. iniuriarum* y de un *a. occentus*, esta última destinada a reprimir la difamación verbal con la sanción pecuniaria de 25 ases y la accesoria de la *verberatio*. Cfr. También DA NÓBREGA, *Le carmen famosum et l'occentario*, en *Romanitas*, 12-13, 1974 p. 326 ss.

Por tanto en un último análisis de estos testimonios en conjunto vemos que no se añade nada ni al esclarecimiento ni a la integración de cuanto nos cuenta Cicerón por boca de S. Agustín; comprobamos que su escasa homogeneidad nos demuestra que la tradición tardorepublicana y posterior, en torno a la más antigua represión de la difamación verbal, era incierta y quizá apenas escuchada¹⁹. Es por ello que los lugares clásicos y comunes sobre los que se vierte y debate la discusión sean las palabras de Cicerón referido por San Agustín y el texto de Plinio cuyos testimonios configuran la tabla 8.1 respectivamente a) y b) de las más modernas palingenias de la ley de los decemvros²⁰.

Resulta por ello necesario desarrollar las teorías que han intentado explicar y conjugar la existencia de los dos testimonios -tal y como los hemos relatado- en la legislación decemviral.

2. MALUM CARMEN Y CARMEN FAMOSUM.-

A) TEORÍA DIFAMATORIA.-

El análisis en profundidad de estos dos testimonios surge en los inicios del siglo XX, cuando con un trabajo de USENER sobre la "*Italische Volksjustiz*" se postula seriamente y en clave difamatoria

¹⁹ MANFREDINI, *La diffamazione...*, cit., p. 5.

²⁰ Respecto a las reconstrucciones de las XII Tablas cabe mencionar que las tentativas de la reconstrucción de la codificación decemviral se remontan al S. XVII cuando Jacobo de GODOFREDO publicó en Heidelberg en el año 1616, los *Fragmenta XII Tabularum suis nunc primum tabulis restituta, probationibus, notis et indice munita*. En 1824 DIRKSEN publica en Leipzig su *Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf Tafeln-Fragmente*. Desde el punto de vista filológico es considerada más correcta la edición de SCHÖLL, *Legis duodecim tabularum reliquiae* (Leipzig 1866); Otra reconstrucción bastante considerada por la doctrina es la edición de BRUNS-MOMMSEN-GRADENWITZ, *Fontes iuris Romani antiqui. Pars prima: Leges et negocia* Tubinga 1909, reimpr. Aalen 1958. En 1883 VOIGT publica en Leipzig, *Die XII Tafeln-Fragmente*. Otras ediciones francesas e italianas y cuidadas son las de GIRARD *Textes de Droit Romain* en colaboración con SENN (París 1967) y RICCOBONO, *Fontes iuris romani anteiustiniani I* (Florenia 1940). BONFANTE en su *Storia I*, reimpr. Milan 1959 establece un orden de los fragmentos con un criterio bastante diferente al tradicional. En España existen las ediciones de las XII Tablas en texto bilingüe como la *Ley de las Doce Tablas* (Ed. Clas. Madrid 1992) de Antonio RUIZ CASTELLANOS y la *Ley de las XII Tablas* (Tecnos, Madrid 1993) de César RASCÓN y José María GARCÍA GONZÁLEZ. Por último de entre las últimas ediciones publicadas en España destaca la edición *Textos de Derecho Romano*, Dirigida por Rafael DOMINGO Aranzadi, 2006.

un renovado vigor de la tesis denominada difamatoria y al ardor de ese nuevo impulso surgen las investigaciones de MASCHKE y HUVELIN con las que se ha reafirmado la interpretación mágica.

Hasta finales del siglo XIX²¹ se había asumido pacíficamente la idea –si bien no fundamentada, a mi juicio, por un análisis de las fuentes adecuadamente desarrollado desde el punto de vista histórico y filológico– de que las XII Tablas reprimían sólo las palabras difamatorias contenidas en *carmina* recitados o escritos (*carmina famosa*), siendo ésta la orientación predominante. Asimismo se admitía que junto a los *carmina famosa* fuesen, de igual modo reprimidas y equiparables en su persecución, las palabras mágicas pronunciadas para dañar a través de encantamientos a alguien (*mala carmina*); y así era opinión común que los términos *occentare sive carmen condere* designasen el hecho de recitar y escribir *carmina famosa*.

La locución *carmen famosum* era, pues, aquélla tradicionalmente usada en la literatura crítica para describir el fenómeno de la difamación verbal en las XII Tablas, acogida también por MOMMSEN en una interpretación²² todavía hoy considerada magistral por los sostenedores de la interpretación difamatoria.

El ilícito, según este autor, habría consistido en cantar cármenes o poemas difamatorios, cánticos ofensivos para alguien (*carmen famosum*) y en principio no habría una diferencia esencial entre este ilícito y el *convicium* en su primitivo sentido que consistía en hacer manifestaciones injuriosas contra alguna persona delante de su propia casa y en tumulto. Sería después cuando la escritura fue facilitando cada vez más la publicidad, cuando empezó a hacerse uso

²¹ Para un cuadro general de la doctrina del siglo XIX y de sus orientaciones interpretativas véase HUVELIN, *La notion...* p. 19 n. 2 y BRECHT, s.v. *occentatio*, en RE XVIII, 2, col. 1752 ss.

²² MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, pp. 794 ss y pena de intestabilidad pp. 990 ss.

del escrito difamatorio (*libellus famosus*) como medio de ofender, junto al cántico difamatorio, e incluso con preferencia sobre éste. Por tanto el ilícito habría consistido en cantar cármes difamatorios a los que se añadiría posteriormente el hecho de escribirlos. Ello debería ser considerado el lejano pariente del *convicium* penado después como *delictum* por el pretor en época avanzada. Sin embargo, en las XII Tablas el *carmen famosum* era un *crimen* sancionado con la pena capital y además la pérdida de la testamentifacción, la pérdida del derecho de prestar testimonio y de mantener ya el prestado y, por consiguiente, la pérdida del derecho de ser testigo (*intestabilis*). Esta grave pena encontraba su sustento en que el elemento fundamental del ilícito no consistía legalmente en la cualidad de la ofensa inferida, sino en la publicidad dada al cántico haciéndolo pasar de boca en boca, o al escrito haciéndolo pasar de mano en mano, puesto que –en opinión de este autor- estaba considerado y castigado en las XII Tablas, no como ofensa inferida a un particular (*delictum*), sino como hecho peligroso para el Estado (*crimen*), de manera que no era entendido como *iniuria* sino como crimen de Estado²³.

Empero MOMMSEN no afronta todos los problemas que de orden histórico, filológico y terminológico las fuentes proponen: dedica escasa y parca atención a los *mala carmina*²⁴ a los que considera simplemente como sortilegios; hablando de los *carmina famosa*, no se atreve a atribuir a las XII Tablas (451-450 a.C.) dicha locución que es documentada en el lenguaje corriente sólo en la época de Horacio (65-8 a.C) y Séneca el retor (54 a.C-39 d.C), y asume –según MANFREDINI- un significado técnico-jurídico en época todavía más avanzada²⁵; y por último, tampoco toma una posición clara, o la menos atisbada, sobre la exacta configuración y la definición del ilícito que comporta la discusión de la locución

²³ MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 565.

²⁴ MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, cit., p. 772 donde habla genéricamente de sortilegios.

²⁵ MANFREDINI, *La diffamazione...*, cit., p. 6.

ciceroniana *occentare sive carmen condere* y que conlleva tan grave pena capital.

Sin embargo esta interpretación pacífica y asumida por la doctrina es desde los inicios del siglo XX sometida a la discusión afilada de las armas de la crítica filológica, histórica, etnológica y comparatística. Después del trabajo de USENER que aporta importantes argumentos para sostener la interpretación difamatoria y de la que nos ocuparemos a continuación, surgirán las teorías contrarias de MASCHKE, HUVELIN y BECKMANN, en las que se sustenta solventemente la interpretación mágica²⁶.

Como ya se ha mencionado, el primer intento de interpretación crítica sobre la tradición tardorrepublicana y clásica a propósito de la difamación verbal en las XII Tablas, dirigida en esencia a individualizar la naturaleza exacta de los hechos que se encontraban comprendidos dentro de esas “oscuras” y “fragmentarias” palabras, puede sin duda considerarse el citado trabajo de USENER sobre las formas de justicia popular en la Italia antigua. Según este autor, las XII Tablas conocían efectivamente el delito de la difamación verbal; éste era designado con el término *occentare* que describiría el hecho de denunciar en voz alta, frente a la puerta de la casa, los presuntos *malefacta* de algún ciudadano, atribuyéndole públicamente tuertos, agravios y vicios²⁷; se habría tratado, de esta manera, de una forma

²⁶ Entre los autores de la tendencia mágica pueden reunirse entre las contribuciones más importantes las siguientes: MASCHKE, *Die Personalie...*, cit.; HUVELIN, *La notion...*, cit.; BECKMANN, *Zauberei...*, cit.; FRANK, *Naevius and Free Speech*, en *AJPH* 48 (1927) pp. 105 ss; DE SARLO, *La prigionia de Nevio*, en *Studi Italiani di filologia Classica* n°12, 1935, pp. 219 ss; MASSONEAU, *La magie dans l'antiquité romaine*, Paris, 1934, pp. 136 ss; VOLTERRA, rec. Massoneau, *La Magie* cit., en *SDHI* 2 (1936) p. 228; ROBINSON, *Freedom of Speech in the Roman Republic*, Baltimore, 1940, pp. 3 ss; PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, cit.; LINDSAY, *Defamation and the Law under Sulla*, en *CPh*, 44, 1949, p. 240; MARMORALE, *Naevius poeta*, Firenze, 1953, pp. 53 ss; WIEACKER, *Zwölftafelprobleme*, en *RIDA* III, 1956, pp. 462 ss; SAMONATI, sv. *libellus*, cit.; JOLOWICZ, *NICHOLAS, Historical Introduction on the Study of Roman Law*, Cambridge 1972; KASER, *RP.I*, München 1996; BRASIELLO, sv. *Carmen famosum y carmen malum*, en *NNDI* II, p. 958; PLESCIA, *The Development of Iniuria*, en *Labeo* 23 (1977) p. 276 entre otras.

²⁷ USENER, *Ital Volkjustiz*, cit., p. 360: “Die occentatio ist also die auf offener Strasse, vor der Haustüre des Angegriffenen vorgenommene Ausrufung sittlich belastender Vorwürfe and verfolgt die sichtbare

de justicia popular que las XII Tablas habría querido prohibir a favor o en interés de la justicia de Estado; la *occentatio* habría sido aún documentada por Plauto (250-184 a. C) y expresamente probada por las relaciones que las fuentes establecen entre *occentare* y *convicium facere* (que sería también éste, en su más antigua configuración, una forma de "Selbsthilfe"- autodefensa); Cicerón habría glosado el tenor originario del precepto añadiendo el *carmen condere* y la *infamia* de forma que en origen éste habría rezado: *si quis occentassit quo flagitium alteri faciat...*²⁸.

Junto a esta interpretación de USENER las contribuciones más significativas elaboradas para sustentar la tesis difamatoria –que postula, como se ha dicho, el significado difamatorio de *occentatio*, pero que no debe ser confundida con la *mala carmina incantatio*- son, sin duda alguna, las recensiones críticas de FRAENKEL y MOMIGLIANO a los trabajos de BECKMANN y ROBINSON (sostenedores de la tesis mágica) y un trabajo de HENDRICKSON²⁹ dedicado exclusivamente al estudio de la *occentatio* en la obra de Plauto, cuyos resultados será acogidos por BRECHT³⁰. De entre estas contribuciones destaca con especial importancia los argumentos del trabajo de FRAENKEL, a cuyas ideas se adhieren incondicionalmente la mayoría de los sostenedores de la tendencia difamatoria³¹ y, por ello, ahora desarrollamos.

Absicht, einen Ehrenrührigen der Gemeinde als solchen kenntlich zu machen und dadurch die Grundlage der Gemeinschaft, Vertrauen und Glauben zu entziehen".

²⁸ USENER, *Ital Volkjustiz*, cit., p.372, 376.

²⁹ HENDRICKSON, *Occentare ostium bei Plautus*, en *Hermes* 61, 1926 pp. 79 ss que se corresponde con *Verbal Ingiury. Magic or Erotic cosmos?* en *CPh* 20, 1925, pp. 289 ss. El autor mantiene el significado difamatorio de *occentare* en la obra de Plauto, precisamente por entender ésta como una traducción de la forma griega de κομάζειν (celebrar una fiesta con cantos y danzas; ir por las calles cantando y bailando al son de la flauta), que a pesar de que en un sentido estricto significa hacer una serenata, en un sentido amplio es trasladable al valor de ὕβριζειν (injuriar, mofarse, deshorrar). Además el autor no excluye, incluso parece dispuesto a creer que *occentare* en las XII Tablas tuviese un significado mágico semejante a ἐπάδειν (conjurar con el canto, sanar o calmar con fórmulas mágicas), basándose en el hecho de que, en la experiencia más remota, debiera ser difícil distinguir las palabras mágicas de aquellas difamatorias.

³⁰ BRECHT, sv. *occentatio*, col. 1752

³¹ En el panorama de los autores de la interpretación difamatoria deben mencionarse entre otros MOMMSEN, USENER, FRAENKEL, BRECHT, sv. *Occentatio* cit.; MOMIGLIANO, rec a ROBINSON, *Freedom of speech...* en *JRS* 32, 1942, p. 120 ss ahora en *Quinto contributo alla storia degli studi classici*

La principal preocupación de FRAENKEL es recuperar, desde un punto de vista formal, la autenticidad del testimonio de Cicerón-Agustín que será ampliamente criticado por los autores de la tendencia mágica -como se verá *infra* en la exposición de dicha tendencia- de no ser una cita auténtica de las XII Tablas sino una glosa interpretativa, preciceroniana o del propio Cicerón³². Para tal fin el autor afirma que la proposición "*sive carmen condidisset quod infamiam faceret flagitiumve alteri*" no pudo ser una glosa puesto que la partícula *sive* no es usada nunca en el sentido de *est*; ésta introduce una proposición condicional en correlación con otra, precedente, distinta de esta última pero con la que concurre a la formación de un único concepto general; y además esta construcción, según el autor, es ampliamente documentada en el estilo de otros textos de la ley decemviral³³. *Carmen condere*, en el sentido de componer por escrito una poesía, sería una buena y antigua locución³⁴. *Alteri* aparece documentado en las XII Tablas y en numerosas leyes posteriores³⁵. La fórmula *quod infamiam faceret flagitiumve*, con el verbo *facere* colocado en una frase dependiente,

e del mondo antico, II, Roma 1975. LEONHARD, sv. *Carmen famosum* en RE II, 2 col.1593; PFAFF, sv. *liber* (oder *libellus*) *famosus*, en RE XIII, 1 col. 61 ss; THÉDENAT, sv. *Libellus* en DS III, 2, p.1176; CUQ, sv. *Iniuria* en DS III, 1, p. 519; BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, sv. *Occentatio*; CRIFÒ, sv. *Diffamazione e ingiuria*, (d.r) en *Enciclopedia del diritto*, XII, p. 470 ss; RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, Wien, Köln, Graz, 1969 p. 62; BAUMAN, *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg 1970, p. 247; TUPET, *La magie* cit. p.166 ss. SMITH, *The Law of Libel at Rome*, en CQ 45, 1951, pp. 169 ss; LEPOINT, *L'occantatio de la loi des douze tables d'après Saint Augustin et Cicéron*, en RIDA, 2, 1955, pp. 287 ss; DE NOBREGA, *Le carmen...*, cit., p. 338 quien supone que la poesía difamatoria fuese reprimida *capite* a través de una norma referida expresamente al *malum carmen condere*.

³² Como ya hemos mencionado para dichos autores sólo es válido el testimonio de Plinio sobre el *malum carmen* interpretado éste como fórmula mágica y los textos de Cicerón (recogido por S. Agustín) y el de Horacio -que se refieren respectivamente a la difamación como *occettare sive carmen condere* y con la locución *mala carmina describere* o *condere*- deben interpretarse también en esa clave mágica, entendiendo que, o bien se ha producido una glosa, o han malinterpretado el texto o en verdad lo están interpretando conforme a la época en la que escriben en la que los *mala carmina* no se consideran ya como fórmulas mágicas sino como cármenes o poemas difamatorios.

³³ Este autor aduce como ejemplo la *Lex Urson.* 95, 24. Sin embargo según afirma MANFREDINI, *La diffamazione verbale...*, cit., p. 19 nota 49, tras la búsqueda en los textos legislativos reportados por BRUNS no se ha encontrado ningún otro testimonio.

³⁴ Expresamente cita este autor el texto de LIV, 27,37,7 donde se habla de "*conditum ab Livio poeta carmen*" y donde el historiador refiere una noticia tratada por documentos del 207 a.C; así considera que dicha locución se impone por su antigüedad cuando se la compara con aquella difundida en época augusta, *carmen componere*.

³⁵ El autor cita la tab. 8,4 ("*si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunt*") y el tercer capítulo de la Lex Aquilia (D.9,2,27,5) y la Ley Osca Tab. Bant 24.

entre uno y otro objeto, se encuentra igualmente recogido en las XII Tablas³⁶ así como el uso del dativo espaciado al final de la frase secundaria³⁷.

Todos estos elementos sintácticos y lingüísticos inducen a FRAENKEL a afirmar que el fragmento de Cicerón proyecta una correcta cita del precepto decemviral, de tal manera que se debe excluir la mano de un glosador y, por tanto, debe acogerse la atribución que ésta hace a la esfera de la difamación verbal.

Asimismo para sustentar la idea de que la norma antigua previese dos hipótesis distintas -una relativa a la difamación oral (*occentare*) y la otra a la difamación escrita (*sive carmen condere*)- el autor invoca, por una parte, la relación entre *occentare* y *convicium facere* documentada por Festo en sv. *occentassint* (L.90): *occentassint antiqui diceban quod nunc convicium fecerint dicimus* (y sobre la pertenencia del *convicium* a la esfera de la difamación no se duda); por otra parte, la cláusula del edicto *de convicio*, que interpretada según este autor a la luz de las explicaciones ulpinaneas³⁸, dejaría entrever -en la doble referencia a quien hace directamente el *convicium* y quien *cuius opera factum esse dicitur*³⁹- las huellas de la doble previsión decemviral relativa al *occentare* y *carmen condere*, transformada posteriormente en el *convicium* por obra del pretor en época avanzada, siendo despenalizada y desrubricada. El significado de *occentare* sería, por tanto, refractario

³⁶ Tab.6, 1. *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto.*

³⁷ Tab. 2, 2. *Morbus soticus..., aut status dies cum hoste...quid forum fuit unum iudici arbitrove reove, eo dies diffissus esto.*

³⁸ D.47,10,15,27: *Generaliter vetuit praetor quid ad infamiam alicuius fieri. proinde quodcumque quis fecerit vel dixerit, ut alium infamet, erit actio iniuriarum. haec autem fere sunt, quae ad infamiam alicuius fiunt: ut puta ad invidiam alicuius veste lugubri utitur aut squalida, aut si barbam demittat vel capillos submittat, aut si carmen conscribat vel proponat vel cantet aliquod, quod pudorem alicuius laedat.* Al respecto debemos decir que el autor atribuye erróneamente este fragmento de Ulpiano al comentario del edicto *de convicio*, cuando en cambio se trata de un comentario al edicto *ne quid infamandi causa fiat*.

³⁹ D.47,10,15,2 (Ulp.1.57 ad ed): *Ait praetor: " qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicitur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo".*

de una interpretación mágica siendo su significado fundamental aquel de “*ansingen*”, cantar contra⁴⁰. El término en las XII Tablas describe, según este autor, el hecho de cantar frente a la puerta de la casa de alguien una canción que produce infamia y escándalo. La publicidad sería, pues, el aspecto fundamental que lo distinguiría de los cármes de magia o fórmulas mágicas caracterizados esencialmente por su naturaleza secreta. A estos últimos, técnicamente definidos con la locución *mala carmina*, las XII Tablas habrían dedicado una disposición particular (*qui malum carmen incantassit...*Tab.8.11). Sólo en una época posterior, como se deduce del testimonio de Horacio, los cármes difamatorios serían también definidos como *mala carmina* en el sentido de *carmina maledica*⁴¹.

A estas apreciaciones de carácter exegético el resto de autores que mantienen la postura difamatoria añaden diversos argumentos de carácter general que exponemos en las líneas siguientes.

En primer lugar, se afirma que para entender correctamente la naturaleza del crimen de difamación verbal previsto por los

⁴⁰ Esta interpretación del significado etimológico de *occentare* es comúnmente acogida por los autores que apoyan la tendencia difamatoria; ésta ha encontrado también crédito entre los seguidores de la interpretación opuesta (BECKMANN) con la diferencia de que para los primeros el término es entendido con un valor absoluto; pero tal interpretación lleva a la consecuencia de que en el testimonio de Cicerón-Agustín *carmen* sería objeto sólo de *condidisset* y no de *occentavisset* y que, por tanto, el pronombre relativo *quod* (y toda la proposición que introduce) se referiría al *carmen conditum* y no a la *occentatio*; consecuencia gravísima para los sostenedores de la tendencia difamatoria, ya que de este modo falta el fundamento textual de la idea de que la *occentatio* gravitase en la esfera difamatoria; si además se entiende el *quod* como causal, no se puede invocar para sostener la conformidad de esta locución con el estilo legislativo ya que -según la opinión creemos correcta de MANFREDINI- es manifiestamente utilizado el *quod* con valor relativo. Así se puede cotejar con los textos de Tab. 8,16; D.9,2,27, *Lex Atinia de usucapione*; *Lex Acilia Repetundarum* 59, 65, 69, 75; *Lex agraria* 111 a.C 5 ,6, 18, 19, 38, 67, *Lex Cornelia de XX quaestoribus* I, 5; y entre las *leges datae* más importantes: *Lex Osca Tab.Bant* 10; *Lex Mun.Tar* 1, 9, 32; *Lex Gal.Cis* II, 6; *Frag Atest* 1, 2.

⁴¹ Estas apreciaciones de FRAENKEL son incondicionalmente aceptadas por todos los sostenedores de la tendencia difamatoria: BRECHT, sv. *Occentatio*, coll.1758-1759, quien define la *occentatio* en las XII Tablas como la difusión escrita y cantada de una poesía difamatoria dirigida contra una persona determinada y a través de la cual el golpeado cae en infamia y escándalo (col. 1759); MOMIGLIANO, *rec. Robinson* pp. 120 ss; SMITH, *The Law*, p. 169, LEPOINTE, *L'occentatio* (p. 287; 295 ss; 296-297) no toma directamente en consideración a FRAENKEL pero también él sostiene la bondad de la interpretación de la *occentatio* de Cicerón-Agustín y del fragmento de Festo, y avanza la opinión de la que la *occentatio* en las XII Tablas configurase un caso de *perduellio* puesto que comprendía sólo la difamación verbal contra los *principes civitatis* (pp. 296-297); figura, por tanto, lejana de la magia, esto es, de la *incantatio malis carminibus*.

decenviros y comprender la grave sanción impuesta por éstos, se debe abandonar la idea de que la *occentatio* fuese un caso de *iniuria*⁴² o un simple insulto correlativo con la *κακουργία* griega⁴³. La *occentatio*, a la luz de la tesis de USENER, constituía una forma de justicia popular, típica manifestación del *Italum acetum*, cuyo potente efecto sobre la sociedad se puede imaginar pensando en el Arentino y en los pasquines de la Roma papal⁴⁴. La pena de muerte sería, por tanto, perfectamente plausible como medida extrema para vencer a los graves odios o rencores que se sembraban en la pequeña comunidad arcaica a través de la difamación que provocaba la muerte civil⁴⁵ de quien era señalado con esas palabras. La *occentatio* y el *carmen condere* no tendrían nada que ver con la literatura y, en todo caso, la ausencia de una literatura difamatoria no puede constituir una prueba del carácter mágico de la *occentatio*.

Finalmente, por parte de algunos autores se ha puesto el acento sobre el significado filopatricio -o más bien diríamos antiplebeyo- que la norma sobre la *occentatio* habría asumido dentro del compromiso en el que surgió la compilación decemviral y que sería explicado del siguiente modo -aunque en nuestra opinión carente de sólidos fundamentos-: los patricios, para afirmar su propia estabilidad social, habrían impuesto disposiciones tales como aquella sobre la *occentatio* y la prohibición del *connubium*, y de aquí se derivaría la línea interpretativa según la cual la *occentatio* sería un caso de *perduellio*, destinado a castigar los ultrajes dirigidos contra los *principis civitatis*⁴⁶.

⁴² FRAENKEL, pp. 197 ss.

⁴³ MOMIGLIANO, pp. 121 ss.

⁴⁴ FRAENKEL, pp. 198 ss; MOMIGLIANO, p. 121.

⁴⁵ BRECHT, sv. *Occentatio*, col. 1759.

⁴⁶ LEPOINTE, *L'occentatio*, pp. 296 ss.

B) TEORIA MÁGICA.-

Frente a los argumentos esgrimidos por la interpretación difamatoria se oponen los trabajos de autores tales como MASCHKE, HUVELIN y BECKMANN, en los que se sustenta solventemente, a nuestro juicio, la interpretación mágica. Tales contribuciones se prestan con cierta dificultad a una apreciación conjunta. El común denominador se reduce a la idea -ya referida- de que las XII Tablas no preveían el crimen de la difamación verbal -ni oral ni escrita- y que sólo los *carmina* reprimidos eran las fórmulas mágicas de encantamiento pronunciadas con la finalidad de dañar. La única fuente que es plenamente plausible, por lo que respecta al fenómeno de los *carmina* considerados en las XII Tablas, sería, por ende, Plinio (Tab.8,1.a) quien -sin duda alguna- entiende los *mala carmina* como fórmulas mágicas. De esta manera Cicerón y Horacio -que se refieren a la difamación respectivamente con los términos de *occentare sive carmen condere* y de *mala carmina describere* o *condere*- o bien no han interpretado correctamente la locución o, como es más probable, son portavoces de la opinión común en su tiempo, que consideraba a los *mala carmina* de las XII Tablas no como fórmulas mágicas sino ya como cármes difamatorios⁴⁷.

Más allá de esta breve síntesis que muestra el punto común de todos estos autores, las contribuciones particulares de cada uno de ellos se centran en aspectos muy diversos, así en la apreciación terminológica de las fuentes, en la configuración de los supuestos o en los intentos de reconstrucción de los correspondientes preceptos. Sin embargo, aun en esa heterogeneidad se pueden encontrar

⁴⁷ MASCHKE, *Die Persönlichkeitrechte*, cit., pp.13 ss es el primero que explica el significado mágico de *occentare* y el que primero que avanza la idea de que la locución *sive carmen condere* sea una paráfrasis ciceroniana o una glosa preciceroniana; posteriormente en pp. 97 ss sostendrá que Horacio hace referencia a la represión pública de la difamación a título de *maiestas* que, en nuestra opinión, es introducida en época muy posterior. Asimismo HUVELIN en *La notion*, cit., p. 73 y p. 65, mantiene que Cicerón y Horacio han malinterpretado la norma. Finalmente es BECKMANN, *Zauberei...*, cit., p. 45 quien habla de glosa preciceroniana (pp. 61 ss) y de mal interpretación por parte de Horacio (p. 45).

todavía algunos puntos de contacto en determinados argumentos de carácter general que se centran esencialmente en los siguientes.

Si partimos del análisis del texto de Plinio, como ya hemos mencionado anteriormente, varias son las consideraciones que inducen a los sostenedores de la interpretación mágica a acreditar incondicionalmente este testimonio, aunque no todos mantengan que este texto documente literalmente las palabras de las XII Tablas en la cita del precepto tal y como tradicionalmente se reconstruye “*qui malum carmen incantassit*”⁴⁸.

Como muestra relevante de esta doctrina veamos el análisis del texto realizado por HUVELIN. En primer lugar, según este autor, se puede afirmar que el verbo *cantare*, en el sentido de entonar fórmulas religiosas o mágicas, está ampliamente documentado en las fuentes jurídicas y, especialmente, en las literarias. Respecto al uso del verbo *canere*, del que originariamente deriva, implica un canto adaptado a un fin y el prefijo *in* subraya que la fórmula mágica está dirigida a la obtención de un fin⁴⁹.

⁴⁸ En realidad la adhesión al testimonio de Plinio, por parte de los autores de la interpretación mágica, es incondicional sólo en lo que respecta a la naturaleza mágica de los *carmina* considerados en las XII Tablas. Sobre la correspondencia con el precepto original de la cita pliniana, se expresa favorablemente sólo HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 36 ss; la tendencia más seguida es aquella que privilegia el uso del término *occentare* respecto a *incantare* así MASCHKE, *Die Persönlichkeitrechte...*, cit., p. 26; Por último BECKMANN, *Zauberei...*, cit., *passim*. habla de *occentare mala carmina*.

⁴⁹ HUVELIN, *La notion...*, cit., p. 38 con notas. A MANFREDINI no le parece que el significado de los términos *cantare* e *incantare* sea correctamente interpretado por este autor. Está fuera de dudas que el término *cantare*, junto al significado fundamental de emitir sonidos por parte de personas o animales (FORCELLINI shv. Signif. I), expresa también, en el sentido trasladado el hecho de entonar *carmina* (FORCELLINI shv signif II, 1) y más específicamente, pronunciar fórmulas mágicas (FORCELLINI, II 3, a). Pero en el ámbito del uso del término en la esfera mágica son netamente distinguibles dos significados en opinión de MANFREDINI: aquél de entonar o recitar una fórmula mágica (y el objeto del verbo es el *carmen* como aparece en CATÓN, *agr.* 160 y VARRÓN *rust* 1,2,27 donde se atestiguan las fórmulas que debieran curar la luxación y la gota, o por OV. *met.* 14, 369 *cantato carmine*) y aquél de *incantare*, esto es, de producir un encantamiento (FORCELLINI shv. Signif. II 3 c). En esta última acepción el verbo se presenta con un significado absoluto y su objeto no es el instrumento con el que se realiza el encantamiento, es decir, el medio mágico, sino la persona, animal o cosa sobre el que se dirige y se realiza el encantamiento. Este aspecto nos parece muy importante sobre todo porque el significado de *cantare* en el sentido completo de *incantare* está muy documentado y en su esfera de aplicación se distingue el valor de producir un encantamiento a través de cármenes; en segundo lugar, porque permite entender correctamente el significado de *incantare*, que no tiene relación, con aquél de *cantare* en el sentido de entonar, recitar (un *carmen*) sino que se refiere al de *cantare* en el sentido de producir un

En segundo lugar, el término *carmen*, en su acepción más amplia, designa toda fórmula cadenciosa recitada o escrita: la fuerza activa de las palabras es aumentada o provocada por las conexiones rítmicas; su significado más antiguo es probablemente aquél de fórmula sacral⁵⁰. En tercer lugar, el adjetivo *malus* y su opuesto, *bonus*, son términos idóneos, en su uso más arcaico, para cualificar y calificar a un acto dirigido respectivamente a turbar o a restablecer el equilibrio del destino: el *malum carmen* es, pues, el encantamiento que turba la armonía preestablecida⁵¹.

encantamiento a través de cármenes de modo que el prefijo “in” parece connotar en sentido negativo tal valor. FORCELLINI, shv 1 y 2 plantea la hipótesis de la existencia de dos significados del verbo *incantare*: un significado general en el sentido de cantar (APUL *met*, 8) y un significado especial, bastante más difundido, en el sentido de producir un encantamiento nocivo a través de cármenes. El único testimonio que documenta como objeto del verbo el medio mágico y no la persona, animal o cosa sobre la que se produce el encantamiento es el texto mismo de PLINIO, *nat*, 28, 17 por lo que debe ser considerado con escepticismo según MANFREDINI. En conclusión para este autor *incantare* no significa *cantare* una fórmula mágica dirigida a la obtención de un fin, como pretende HUVELIN, sino producir un encantamiento, probablemente nocivo, a través de la recitación de un *carmen*.

⁵⁰ Vid. HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 36 ss. El autor accede a la opinión comúnmente acogida según la cual en el significado más amplio el término *carmen* no indica sólo *quidquid pedibus continetur* (ISID *Etym*, 1, 39, 4) sino toda conexión solemnemente pronunciada, como aquélla del juramento (LIV, 1, 24, 9; 1, 32, 8), el texto de una *rogatio* (LIV. 3. 64,10), el decreto de un magistrado supremo (se recuerda la *lex horrendis carminis* pronunciada por Tulio Hostilio contra Horacio: LIV. 1, 26, 6) las fórmulas sacerdotales (SEN, *dial* 6, 13, 1; (Vid. NORDEN, *Die antike Kunstprosa*, I, Stuttgart 1958, pp. 156 ss; SCHANZ, HOSIUS, *Geschichte der römischen Literatur*, I, München 1927, pp. 13 ss). Con toda probabilidad es la pronunciación oral, solemne y cadenciada, la que confiere a la conexión verbal la connotación del *carmen*; esto no excluye para que también determinadas formulaciones escritas, incluso no redactadas en verso pero circundadas por particulares veneraciones, pudiesen ser entendidas como *carmina*, como el texto de las XII Tablas (CIC, *leg*. 2.59. al respecto como es conocido, se ha pensado en una originaria redacción del texto de la ley en versos rítmicos o a su reducción en versos saturnos por parte de los maestros de escuela (discusión en GUILLÉN, *El latín de la XII Tablas*, en *Helmática* 20, 1969, pp. 79 ss. Por cuanto respecta al originario significado de la palabra *carmen*, es muy difundida la opinión de que el término habría designado la fórmula mágica o sacral con virtud activa y que más desarrollado sea el sentido de canto (vocal o instrumental) y de poema (Vid. DESPORT, *Project d'une étude sur la notion de carmen et son expression dans la littérature latine*, en *REL*, 20, 1942, pp. 40 ss; GUILLÉN, *El latín de la XII tablas*, en *Helmática* 19, 1968, p. 57).

⁵¹ HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 63 ss. A lo largo del siglo XX el conocimiento del mundo sacral de los romanos ha sido estudiado y clarificado por importantes contribuciones dedicadas al fenómeno general de la magia y la religión (LUCK, G, *Arcana mundi: magic and the occult in the Greek and Roman Worlds*, 1985; ALLIER, *Magie et religion*, Paris, Berger-Levrault, 1935; AUDOLLENT, *Defixionum Tabellae...* Paris, Fontemoing, 1904; TUPET, *La magie dans la poésie latine*, Paris 1976 pp. VII ss). En la base de la concepción mágica en la comunidad primitiva está ‘el momento de la voluntad dominadora y creadora, reflejo de la realización de los gestos y de las palabras rituales’ (SANTORO, *Legis actio sacramenti in rem*, en *Annali Palermo* 30, 1967, pp. 363 ss). El mundo para el primitivo está dominado por la potencia misteriosa del maná y la conducta mágica es aquélla que guía al individuo en la intención de apropiarse de tal potencia y de dominarla; entre los instrumentos de esa potencia primigenia las palabras mágicas (VAN DER LEEUW, *Fenomenologia della religione*, trad. it, Torino 1960 pp. 319 ss). El *carmen*, por tanto, en la concepción sacral de la Roma arcaica (DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma 1959 pp. 217 ss) representa un medio fundamental de dominio del maná que es, por definición, *bonus*, si es usado por quien detenta el poder y que puede ser *malus*, si es usado como daño de otros. La magia, difícilmente separable de la religión en la fase más remota (sobre las relaciones entre magia y

En el ámbito de una sociedad latina todavía arcaica, -aún esencialmente religiosa- donde la presencia de lo sacro sigue teniendo su lugar en todos los ámbitos, incluido en el público, -una sociedad que mantiene cierta reminiscencia de la concepción primitiva del derecho penal y de la consideración de las relaciones de paz y amistad entre los hombres y los dioses- y en el marco de una concepción del mundo dominada por la idea de la Némesis, de un destino entendido como una suma de signos positivos y negativos en equilibrio entre sí, no es extraño que la fórmula de encantamiento dirigida a turbar tal equilibrio, pueda ser entendida como un gravísimo ilícito susceptible de la pena de muerte⁵²: por tanto la cita

religión véase TUPET, *La magia...*, cit., pp. VIII ss) parece haber asumido ya en la época de las XII Tablas una propia connotación negativa y es entendida “como arte de violar todas las leyes divinas, humanas, naturales” dirigida a “modificar el orden previsto de las cosas, por medio de milagros, que el interesado no puede o no quiere demandar a actos religiosos; se quiere obtener, fuera de los medios naturales y a cargo de otros, ventajas improbables o ilícitas. La diferencia esencial, por tanto, entre magia y religión está... en el hecho de que la religión se dirige a la divinidad con la plegaria, la magia constriñe a la divinidad a coadyuvarla...; el objeto es esencialmente de constricción, de imposición y del todo casi siempre maléfico, inmoral y dañino. A este respecto también véase CESANO sv. *Defixio* en DE II,2, p. 1559 donde se da cuenta de los textos de maleficio (*defixio*), es decir, maldiciones, escritas por cualquiera de los muchos motivos que pueden provocar odio y animadversión hasta el punto de querer librarnos del enemigo. Como breve referencia a las *defixiones* griegas, denominadas *καταδεδσμος*, es decir, ligadura o atadura mágica, término que alude al acto de atar o hacer nudos durante el ritual del conjuro a través de “encantamientos y ligaduras mágicas” tal y como nos refiere Platón en su República II, 364 C véase *Textos griegos de maleficio*, edición LOPEZ JIMENO, A. Akal, Madrid, 2001.

⁵² HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 67 ss. La pena de muerte para el sortilegio, para el *malum carmen*, no está directamente documentada; ésta se supone o se extrae de las palabras de Cicerón citado por S. Agustín (*rep.* 4,12) que con referencia al *occettare sive carmen condere* habla de “*capite*” y de las palabras de Horacio *epist.* 2,1,151 ss quien, a propósito del *malum carmen describere*, habla de una ley que habría introducido la “*formido fustis*”, locución que ha sido interpretada en las glosas al fragmento como “*fustuarium supplicium*” (PORPH en *epist.* 2,1,154). En general, por parte de los estudiosos, se hace notar la dificultad de concebir esta sanción como *supplicium fustuarium*, esto es, como pena de muerte inferida con el báculo o la vara, ya que tal pena estaba reservada a los militares y su correspondiente, *domi*, era el *virgis caedere*. Por ello, a la luz de estas consideraciones, es mayoritaria la doctrina que afirma que la pena capital dispuesta para los *mala y famosa carmina* (en su caso) es aquella de *caedere virgis* y no *fustibus* (así lo argumenta BRECHT en sv. *Occentatio* col. 1761); como opinión particular HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 71 ss vislumbra en esta sanción una especie de tálion, de flagelación devotoria. Sin embargo, otra interpretación sobre la pena capital del *malum carmen* se deduce del testimonio de S. Agustín (*civ.* 8, 9) quien habla de *supplicium* a propósito del encantamiento de las mieses (forma de ilícito realizada, al menos antiguamente, *malo carmine* o *malo veneno*, locución que en época arcaica podría ser sinónima véase MOMMSEN, *Strafr.*, cit., p. 639) y que era castigado con una pena pública, probablemente consistente en el corte de la cabeza. A este respecto es aislada la opinión de VOIGT, *Die XII...*, II, cit., pp. 800 ss quien concibe el delito de magia en las XII tablas como consistente esencialmente en *incantamenta carminum* dirigidos contra los frutos de la tierra (la norma habría recitado según escribe el autor en *Die XII...*, I, cit., p. 726 *ne quis alienos fructus excantassit neve alienam segetem pellexerit. Qui malum carmen incantassit, verberatus igni necator*) y habrían sido reprimidos con la pena de *verberatus igni necari* dispuesta para el ilícito de la tab. 8.10.

Una posterior interpretación de la publicidad de la pena para los sortilegios nocivos se puede encontrar en el fragmento de Plinio, *nat.* 18, 41-42 relativo al proceso realizado a C. Furias Chresimus por parte de un

de Plinio, además de correcta desde un punto de vista estilístico y léxico es plenamente atendible desde el punto de vista sustancial⁵³.

Asimismo aseguran los partidarios de la tendencia mágica que también el testimonio de Cicerón recogido por S. Agustín debe ser leído en clave mágica. A ésta se llega cuando se rechaza la idea de que la proposición "*si occentavisset sive carmen condidisset quod infamiam faceret flagitiumve alteri*" sea una correcta cita del precepto decemviral, y sin embargo se accede a aquélla según la cual, desde *sive* (en el sentido de *id est*) hasta el final, nos encontramos frente a una glosa ciceroniana o preciceroniana que explica en clave difamatoria el término *occentare*. Este término sólo previsto por los decemviros, sería "interpretado" de conformidad con aquellas tendencias glosográficas⁵⁴ entre las cuales estaría el texto ya citado de Festo, sv. *Occentassint* (L. 190): *occentassint antiqui dicebant quod nunc convicium fecerint dicimus...* donde se afirma que los antiguos decían *occentassint* a los que ahora denominamos hacer *convicium*; éste, aislado y depurado por las actualizaciones

edil curul y frente al comicio por la acusación de *alienas segetes pellicere veneficiis*. MOMMSEN *Straf.*, cit., p. 773 en este caso habla de un proceso de daño y no de la aplicación de la norma decemviral; así, a propósito, subraya la rápida decadencia de esta última. A MANFREDINI le parece que el lugar pliniano es de notable importancia por la probable asimilación en las XII Tablas entre *carmen* y *venenum* en el sentido de que el sortilegio a través del *carmen* era designado con el término *venenum* y por la imposibilidad material de llegar a establecer la responsabilidad de quien hubiera realizado un sortilegio: de aquí el valor meramente disuasorio de la pena capital, que con toda probabilidad era dispuesta. Por último, se debe constatar la opinión de PERNICE, *Parerga* en ZSS 17, 1896, p. 221 ss, según la cual las XII Tablas para los cármes encantadores no disponían expresamente de una sanción, dejándose la facultad de decidir al magistrado a través de su poder de multa o de coerción (también en LABEO, II, 1 Halle 1892, p. 15).

⁵³ Como se ha apuntado más veces amplio crédito es concedido en la doctrina al testimonio pliniano sobre la represión de los cármes mágicos en las XII Tablas; MASSONEAU, *La magie...*, cit., pp. 143 ss. y muy difundida la opinión de que Plinio documenta el tenor original del precepto y su cita figura en tab. 8.1 a) en las más modernas reconstrucciones de las XII Tablas (GIRARD, *Textes de droit romain*, cit.; BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*, cit.; RICCOBONO, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, I, cit.). Paradójicamente, las únicas dudas sobre la deformidad de este texto respecto del original provienen de los sostenedores de la tendencia mágica.

⁵⁴ MASCHKE, *Die Persön...*, cit., pp. 13 ss considera la locución *sive carmen condidisset* como una paráfrasis o glosa explicativa de *occentavisset*, opinión a la que se adhiere BECKMANN, *Zauberei...*, cit., pp. 56 ss quien habla de una interpretación culta y particular de Cicerón sobre el origen histórico de la norma sobre la *occentatio*, interpretación que ser remontaría a la época preciceroniana, sería asumida por éste y, por tanto, difundida posteriormente en época clásica. HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 73 ss partiendo de que Cicerón ha comprendido mal, considera la cita ciceroniana, salvo con algún leve retoque, como correspondiente al original, incluida la mención del *carmen condere quod infamiam faceret flagitiumve alteri*.

semánticas, se puede y se debe considerar con un originario significado mágico en el sentido de entonar fórmulas de encantamientos. Tal significado puede recabarse de la etimología (*ob cantare*= cantar contra o para un fin⁵⁵) estrechamente emparentada con *incantare* o *excantare* (términos de los que no se discute la pertenencia a las XII Tablas con significado mágico) y a pesar de que conservamos escasos testimonios, fundamentalmente todos de la obra de Plauto⁵⁶, sí que se puede asegurar la supervivencia -según

⁵⁵ El valor etimológico de *occantare* no es uniformemente entendido por parte de los sostenedores de la tendencia mágica: así HUVELIN, *La notion...*, cit., p. 39 traduce los dos términos de los que se compone *occantare*, *cantare* y *ob*, respectivamente como entonar fórmulas mágicas a causa de, a cambio de (*ob* daría idea de una causa anterior a la que el *occantare* debe poner remedio); al contrario BECKMANN, *Zauberei...*, cit., p. 36 entiende los mismos términos en el sentido de cantar contra (“*ansingen*”) y la connotación mágica derivaría del objeto cantado, el *malum carmen*; Finalmente MASCHKE, *Die Persön...*, cit., pp. 13 ss entiende *occantare* en el sentido de cantar o recitar fórmulas mágicas, pero sin embargo no se pronuncia específicamente sobre el significado etimológico del término.

⁵⁶ *Occantare* en el sentido fundamental de producir un encantamiento es utilizado en PLAU. *Stich*, 572 (dudoso); PS 5, 23, 15: *Qui sacra impia nocturnave, ut quem obcantarent defigerent obligarent, fecerint faciendave curaverint, aut cruci suffiguntur aut bestiis obiciuntur.*; APUL. *Ap.* 84: (1) *Ad litteras Pudentillae prouocastis: litteris uinco, quarum si uultis extremam quoque clausulam audire, non inuidebo. Dic tu, quibus uerbis epistulam finierit mulier obcantata, uecors, amens, amans:* (2) *Ἐγὼ οὐτε μὲμῶγεμαι οὐ[τε]τ' ἐρῶ. τὴν εἰμαρμένην ἔκφ. Etiamne amplius? Reclamat uobis Pudentilla et sanitatem suam a uestris calumniis quodam praeconio uindicat.* (3) *Nubendi autem seu rationem seu necessitatem fato adscribit, a quo multum magia remota est uel potius omnino sublata. Quae enim relinquitur uis cantaminibus et ueneficiis, si fatum rei cuiusque ueluti uiolentissimus torrens neque retineri potest neque impelli?* (4) *Igitur hac sententia sua Pudentilla non modo me magum, sed omnino esse magiam negauit.* (5) *Bene, quod integras epistolas matris Pontianus ex more adseruauit; bene, quod uos festinatio iudicii anteuortit, ne quid in istis litteris ex otio nouaretis.* (6) *Tuum hoc, Maxime, tuaeque prouidentiae beneficium est, quod a principio intellectas calumnias, ne corroborarentur tempore, praecipitasti et nulla[m] impertita mora subneruisti.* (7) *Finge nunc aliquid matrem filio secretis litteris de amore, uti adsolet, confessam. Hocine uerum fuit, Rufine, hoc non dico pium, sed saltem humanum, prouulgari eas litteras et potissimum fili praeconio publicari?* (8) *Sed sum<ne> ego inscius, qui postulo ut alienum pudorem conserues qui tuum perdideris?.*

Occinere con el significado de emitir una voz de mal augurio (de pájaros o de ratones) se atestigua en LIV.6, 41, 8: *eludant nunc licet religiones: "quid enim est, si pulli non pascentur, si ex cauea tardius exierint, si occecinerit auis?" parua sunt haec; sed parua ista non contemnendo maiores uestri maximam hanc rem fecerunt;* LIV. 10, 40, 14: *'habet poenam noxium caput.'* ante consulem haec dicentem coruius uoce clara occinuit; quo laetus augurio consul, adfirmans nunquam humanis rebus magis praesentes interfuisse deos, signa canere et clamorem tolli iussit.; VAL. MAX, 1, 4, 2: *EXEMPLUM 2. [Par.] Ti. Gracchus, cum ad res nouas moliendas pararetur, auspicia domi prima luce petiit, quae illi perquam tristia responderunt: et ianua egressus ita pedem offendit, ut digitus ei decuteretur. tres deinde corui in eum aduersum occinentes partem tegulae decussam ante ipsum propulerunt. quibus omnibus contemptis a Scipione Nasica pontifice maximo decussus Capitolio fragmento subsellii ictus procubuit.;*

Occentus, esto es, el canto de mal augurio queda recogido en PLIN, *nat* 8, 223; VAL. MAX 1, 1, 5, *EXEMPLUM 5. At <Q.> Sulpicio inter sacrificandum e capite apex prolapsus idem sacerdotium abstulit, occentusque soricis auditus Fabio Maximo dictaturam, C. Flaminio magisterium equitum deponendi causam praebuit;* y AMM, 16,8,2: *nam siquis super occentu soricis uel occursu mustelae uel similis signi gratia consuluisset quemquam peritum, aut anile incantamentum ad leniendum adhibuisset dolorem quod medicinae quoque admittit auctoritas reus, unde non poterat opinari, delatus raptusque in iudicium poenaliter interibat.* La interdependencia de los tres términos es entendida por MASCHKE en el sentido

estos autores- de tal significado en las formas que derivaron del mismo en época más avanzada tales como *obcantare*, *occinere* y *occentus*. Por tanto, en las XII Tablas, *occentare* habría designado el canto de una fórmula mágica destinado a dañar a otros.

En época plautina (250-184 a.C.), como demuestra el uso del término en las comedias del poeta, el significado mágico –más bien irrisorio y ridículo, pero todavía reconocible- se habría afianzado a través de un uso estereotipado del término, asumido para designar la invocación amorosa a la puerta según los usos helenísticos⁵⁷, y se habría ampliado hasta describir formas de voceríos, serenatas y tumultos injuriosos realizados frente a la puerta de alguno. A esta acepción derivada, y no al significado fundamental y originario del término, se refieren –según estos autores- Cicerón, Festo y las glosas tardolatinas donde expresamente se coloca al lado el *occentare* del *convicium facere*⁵⁸.

De igual modo son planteados otros aspectos lingüísticos y estilísticos⁵⁹ más específicos respecto al texto de Cicerón recogido por S. Agustín para afianzar la interpretación de la glosa: así se habla, por una parte, de que el uso de los términos *flagitium* e *infamia* con el significado abstracto de escándalo y difamación se corresponde con una época más tardía, presentando en la antigüedad decemviral un significado concreto sensiblemente distinto⁶⁰. Por otra parte, se

de que de *occinere* vendría *occentus* y de *occentus*, *occentare*.

⁵⁷ La locución *occentare ostium* describiría en Plauto el fenómeno helenístico de “paraplausithiron”; así LEO, *Plautische Forschung*, Berlin 1912, pp. 155 ss; FRAENKEL, *Elementi plautini in Plauto*, trad. It. Firenze 1960, p. 99; HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 48 ss quien habla, a propósito de un injerto del “paraplausithiron” sobre la vieja *occentatio*.

⁵⁸ En general los argumentos seguidos por todos se recogen en HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 43-44 y pp. 61-62.

⁵⁹ Estos aspectos son mostrados por HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 73-77 y son expresamente acogidos por MASSONEU, *La magie...*, cit., p. 139. Como se ha dicho en el ámbito de los autores de la interpretación mágica, HUVELIN y MASSONEAU, que se adhiere plenamente al primero, son los únicos que acogen como conforme al original la cita de Cicerón por S. Agustín, pero interpretándola obviamente en clave mágica.

⁶⁰ Por cuanto respecta a la noción de *flagitium* véase HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 51 ss, que se adhiere a la opinión de USENER, *Ital Volksjustiz*, cit., pp. 361 ss que postula un significado concreto del

afirma el hecho de que la cita ciceroniana no presenta los trazos estilísticos en los que comúnmente se reconoce un precepto auténticamente decemviral⁶¹.

Una vez criticados lingüísticamente los textos, los defensores de la tendencia mágica intentan configurar una explicación mágica para aunar ambos testimonios, el de Plinio y el de Cicerón. Se encuentran ante la dificultad de la *reductio ad unum* (o de escoger una plausible diferencia) de los supuestos diversamente descritos por Plinio (*malum carmen incantare*) y Cicerón (*occentare sive carmen condere*). Y es en este escollo, como se ha apuntado, donde se reflejan las propuestas más heterogéneas en torno a la auténtica definición del ilícito y al tenor original del precepto, o bien simplemente en la renuncia a cualquier intento de reconstrucción. Así, según BECKMANN⁶², las XII Tablas habrían previsto el único precepto *si occentassit mala carmina*, dirigido a reprimir el hecho de cantar, con la finalidad de dañar, cármenes mágicos.

Por el contrario HUVELIN⁶³ plantea la hipótesis de tres preceptos: el primero, específico, relativo a la *occentare aliquem*, entendiéndose como acto de justicia privada, por ello vetado por los

término, todavía presente en Plauto y precedente a aquél abstracto y subjetivo de “deshonor”: *flagitium*, en la acepción más antigua, indicaría un concreto acto, hecho de palabras y gestos escandalosos (la derivación de *flagitare* sería una prueba) que se realiza públicamente contra cualquiera para protestar de un tuerto sufrido y que en la época más remota configuraba una forma de justicia popular realizada con una flagelación. Pero a diferencia de USENER, para el que el término, en el texto de la norma decemviral (*si occentassit quo flagitium alteri faciat*) indica la concreta manifestación escandalosa que deriva de la *occentatio*, esto es del hecho de pronunciar palabras y gritos que denuncian públicamente el tuerto sufrido, HUVELIN sostiene que el *flagitium* expresa sí un rito de justicia privada pero de naturaleza mágica o religiosa (habla de flagelación devotoria y esta característica, en el uso del término en las XII Tablas (donde significa concreta manifestación escandalosa) influencia la naturaleza de la pena capital, para entenderse como una especie de talión consistente en una flagelación, devotoria).

Por cuanto respecta al término *infamia* HUVELIN traza un cuadro de los significados del término bastante análogo al de *flagitium* (*infamia facere* es al origen un rito infamante concreto, más general que el *flagitium facere*) y por esto, parece entender, al igual que el primero legítimamente configurable en el texto originario de la norma.

⁶¹ Además de la forma verbal del perfecto que en el texto es cambiada por *occentavisset-condidisset*, se reivindica la mayor pertinencia de la forma *qui* o *si* respecto al *si quis* y se duda del correcto uso del *quod*, de deberse entender como un *quo* final.

⁶² BECKMANN, *Zauberei...*, cit., pp. 36 ss y pp. 43-44.

⁶³ HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 73-77.

decemviro⁶⁴, y que consistiría en la pronunciación de fórmulas destinadas a atraer las represalias de la suerte contra una persona que ha violado, a su beneficio, el equilibrio del destino (acto que se realiza ordinariamente frente a la puerta de la víctima, por una persona aislada, normalmente de noche y no *sine causa*, esto es, *quod infamiam facere, flagitiumve alteri*); el segundo y tercero, generales, respectivamente relativos al *malum carmen incantare* (cantar cármes mágicos para dañar a alguno) y al *malum carmen condere*⁶⁵ (escribir canciones mágicas, con el mismo fin).

Por otra parte MASCHKE, quien no se cuestiona el tenor originario de las disposiciones aunque acepta como buena la cita pliniana sobre la exacta configuración de los cármes prohibidos por las XII Tablas, privilegia, sin embargo, el término *occentare* como el usado por los decemviro para describir el fenómeno de los *mala carmina*, y plantea la hipótesis de que las formas *carmen condere quod .infamiam .facere .flagitiumve alteri* y *malum carmen incantare* sean transcripciones glosográficas contenidas en los comentarios

⁶⁴ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Público Romano*, cit., p. 213 donde se afirma que la venganza privada en las XII Tablas queda mitigada. Se procede salvo supuestos excepcionales a la eliminación de la venganza privada al reservarse la ciudad el poder exclusivo de juzgar y aplicar la pena.

⁶⁵ HUVELIN, *La notion...*, cit., p. 74 entiende *condere* en el sentido de componer individualmente, en el texto de la norma, la figura del carmen mágico escrito en contraposición al recitado. Para este significado del término *condere* el autor reclama los textos CIC. *Tusc.* 4, 4: *Quamquam id quidem etiam duodecim tabulae declarant, condi iam tum solitum esse carmen; quod ne liceret fieri ad alterius iniuriam, lege sanxerunt. Nec vero illud non eruditorum temporum argumentum est, quod et deorum pulvinaribus et epulis magistratum fides praecinunt, quod proprium eius fuit, de qua loquor, disciplinae. Mihi quidem etiam Appi Caeci carmen, quod valde Panaetius laudat epistola quadam, quae est ad Q. Tiberonem, Pythagoreum videtur. Multa etiam sunt in nostris institutis ducta ab illis; quae praetereo, ne ea, quae repperisse ipsi putamur, aliunde didicisse videamur.*; HOR. *Sat* 2, 1, 82: *si mala condiderit in quem quis carmina, ius est iudiciumque*; AUG *Civ*, 2, 12: *At Romani, sicut in illa de re publica disputatione Scipio gloriatur, probris et iniuriis poetarum subiectam uitam famamque habere noluerunt, capite etiam sancientes, tale carmen condere si quis auderet. Quod erga se quidem satis honeste constituerunt, sed erga deos suos superbe et inreligiose; quos cum scirent non solum patienter, uerum etiam libenter poetarum probris maledictisque lacerari, se potius quam illos huiusce modi iniuriis indignos esse duxerunt seque ab eis etiam lege munierunt, illorum autem ista etiam sacris sollemnitatibus miscuerunt. Itane tandem, Scipio, laudas hanc poetis Romanis negatam esse licentiam, ut cuiquam opprobrium infligerent Romanorum, cum uideas eos nulli deorum pepercisse uestrorum? Itane pluris tibi habenda uisa est existimatio curiae uestrae quam Capitolii, immo Romae unius quam caeli totius, ut linguam maledicam in ciues tuos exercere poetae etiam lege prohiberentur, et in deos tuos securi tanta conuicia nullo senatore nullo censore, nullo principe nullo pontifice prohibente iacularentur? Indignum uidelicet fuit, ut Plautus aut Nauius Publio et Gn. Scipioni aut Caecilius M. Catoni malediceret, et dignum fuit, ut Terentius uester flagitio louis optimi maximi adulescentium nequitiam concitaret?*

jurídicos a la antigua ley⁶⁶. La *occentatio* designaría el hecho de cantar o recitar fórmulas mágicas (difícilmente escribirlas) que produjeran infamia para el destinatario y ejemplos de éstas serían las *tabulae defixiorum* o *devotionium* hasta nosotros recibidas con las que se invocaba la venganza de los dioses del infierno contra alguien nominalmente señalado como malhechor. El contenido de tales textos execratorios era destinado a lanzar infamia e incluso daños materiales sobre los destinatarios y, por ello, se convertía en ilícito cuando el hecho lamentado era infundado⁶⁷.

De igual modo WIEACKER⁶⁸ pone el acento exclusivamente sobre el término *occentare*, considera que rige el objeto -en el texto de la ley- de los *mala carmina* y debe entenderse en el sentido de *ἐπάδειν*⁶⁹. Las locuciones *carmen condere* y *malum carmen incantare* representarían tardías adaptaciones, dictadas, en su marcada connotación -respectivamente difamatoria y mágica- para superar las concepciones racionales e irracionales que se han alternado respecto a la tradición de las XII Tablas.

Finalmente, entre los restantes argumentos propuestos por los autores de esta tendencia mágica para mantener la idea de que las XII Tablas no han tenido en consideración la difamación verbal, mencionaremos los principales que son los siguientes:

- La comunidad o sociedad menos evolucionada no está preparada para concebir representaciones que no sean materiales, por ello, como máxima, en tales comunidades no es conocida la represión del insulto y es cuando ésta evoluciona, cuando se recoge el insulto proferido en ciertos lugares y

⁶⁶ MASCHKE, *Die Persön...*, cit., pp. 26 ss.

⁶⁷ MASCHKE, *Die Persön...*, cit., pp. 19 ss a esta interpretación accede PUGLIESE *Studi...*, cit., pp. 24-25 quien habla de fórmulas de pública reprobación que, perdido el carácter mágico, serían apreciables bajo el perfil de la lesión al honor y es seguido por KASER en *RP.I.*, cit., p. 155.

⁶⁸ WIEACKER, *Zwölftafelpr...*, cit. p. 462 y pp. 466 ss.

⁶⁹ Acompañar cantando; conjurar con el canto, sanar o calmar con fórmulas mágicas y, en general, calmar, aliviar.

específicas formas de insulto, como nos ha enseñado la experiencia griega⁷⁰.

- Roma no conoce sino hasta edad avanzada el uso de producir en clave literaria poesía o cármenes difamatorios y los más antiguos cármenes de este tipo que nos son conocidos –los cármenes o poemas fescenninos y triunfales– fueron considerados lícitos⁷¹.
- Las fuentes no nos documentan casos de jurisdicción criminal de la difamación verbal, debiéndose interpretar el episodio de Nevio como un caso de *coercitio*⁷² o como el fruto de una interpretación *ad hoc* -en clave difamatoria- de la norma decemviral sobre los cármenes mágicos⁷³.
- La represión ordinaria de la difamación verbal se inicia en torno al final del siglo II a.C. y se desarrolla, como se deduce de los conocidos episodios de Accio y Lucilio narrados en la *Rhetorica ad Herennium*, en el ámbito privado de la *actio iniuriarum*⁷⁴.
- Por último, aparece, pues, como manifiestamente incongruente la pena de muerte para la difamación verbal si se la compara con el talión y las penas pecuniarias fijadas por las XII Tablas para las lesiones físicas⁷⁵.

⁷⁰ HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 20 ss.

⁷¹ HUVELIN, *La notion...*, cit. pp. 24 ss

⁷² De entre los autores que afirman la interpretación mágica es mayoritaria la explicación de que los procedimientos represivos de que fue víctima Nevio a causa de su excesiva libertad de palabra, en clave de *coercitio* y no como aplicación de la norma decemviral de la *occentatio*; HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 30 ss; DE SARLO, *La prigiona...*, cit., p. 225; MARMORALE, *Naevius...*, cit., pp. 110 ss; LINDSAY, *Defamation...*, cit., p. 240; SAMONATI, sv. *Libellus*, cit., p. 821.

⁷³ FRANK, *Naevius...*, cit., pp. 109 ss plantea la hipótesis de una extensión de la norma decemviral relativa a la *occentatio* (en sentido mágico) efectuada por el pretor a petición del poder político y favorecida por el clima de austeridad moral instaurado en el curso de la segunda guerra púnica; en el edicto del pretor se habría añadido la cláusula *sive carmen condidisset* la cual, a través de los *tripertita* de S. E Peto Catón, sería recibida por Cicerón. Se trata de una opinión claramente errónea, no tanto en sus postulados fundamentales, como el originario carácter mágico de *occentatio* y su posible interpretación difamatoria datada en el ambiente jurídico y en sede de los comentarios a las XII Tablas, cuanto por la pretendida extensión hecha por el pretor jurisdicente en el edicto, como si las medidas punitivas de las que fue víctima Nevio (prisión, quizá exilio) tuviesen algo que ver con una represión privada. Así también ROBINSON, *Freedom of speech*, cit., pp. 5 ss.

⁷⁴ Entre otros MASCHKE, *Die Persön...*, cit., pp. 28 ss; HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 32 ss; FRANK, *Naevius...*, cit., p. 109.

⁷⁵ Por todos FRANK, *Naevius...*, cit., p. 109. Esta particular consideración ha inducido a VOIGT, *Die XII Tafeln...*, II, cit., pp. 525 ss a entender la *capite sanxerunt* ciceroniana a la luz del significado que a tal

C) TEORIA INTERMEDIA.-

Junto a las dos interpretaciones expuestas ha surgido una tercera que podemos definir como intermedia y que se basa fundamentalmente en el trabajo de RONCONI⁷⁶ donde se desarrolla una idea que ya estaba presente, con otra formulación, en MASCHKE, PUGLIESE y KASER⁷⁷.

Para estos últimos el acto de magia que consistiría en recitar un *carmen* o poema podía también ser difamatorio; el *carmen malum* (o la *occentatio*) era la fórmula de encantamiento, que producía infamia. A lo largo de la evolución histórica y conforme al declive de las creencias mágicas, el *malum carmen* (o la *occentatio*) habría sido entendido no ya como fórmula encantadora infamante sino como fórmula difamatoria, llegando finalmente a interpretarse como *carmen maledicum*, y esto explicaría los testimonios de Cicerón y de Horacio.

Según RONCONI, en la primitiva concepción de la palabra creadora de fuerza que convoca y actúa, no se habría realizado alguna distinción entre la palabra de execración y la palabra difamatoria⁷⁸. *Maledicere* habría significado imprecar e injuriar al mismo tiempo y una consciente distinción entre los dos significados se habría obtenido sólo en época más avanzada. De aquí la actitud de las antiguas normas decenvirales sobre el *malum carmen* y sobre la

locución venía dado en época ciceroniana, llegando a la conclusión de que las injurias verbales en las XII Tablas eran reprimidas con la pena fija de 25 ases y la *verberatio* (para la crítica de esta opinión HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 70 ss).

⁷⁶ RONCONI, *Malum carmen e malus poeta*, en Synteleia, II, Napoli, 1964, pp. 958 ss.

⁷⁷ MASCHKE, *Die Persön...*, cit., p. 19 y pp. 95 ss; PUGLIESE, *Studi...*, cit., p. 24: un cambio de opinión, dirigido a subrayar la base difamatoria y no mágica de la *occentatio* y manifestado en el curso de una comunicación, encontramos en DA NÓBREGA, *Le carmen famosum...*, cit., p. 326. Así como en KASER, *RP*, I, cit., p. 155. Nos parece oportuno citar en concreto a DA NÓBREGA, *Le carmen famosum* quien para distinguir el hecho de recitar cármes mágicos nocivos (*malum carmen incantare* y *occentare*) de aquella composición de cármes difamatorios (*malum carmen condere*) entiende el uno como el otro como *carmina famosa*.

⁷⁸ RONCONI, *Malum carmen...*, cit., p. 963.

occentatio al aplicarse a fórmulas tanto execratorias cuanto difamatorias; de aquí la doble interpretación, mágica (Plinio) y difamatoria (Cicerón y Horacio) fechada en época posterior.

D) TEORÍAS MÁS RECIENTES

Una revisión de la cuestión (en clave mágica) es la que plantea a finales del siglo XX MANFREDINI⁷⁹ quien partiendo de la circunstancia -fuera de discusión- de la que las XII Tablas se habían ocupado de los sortilegios a través de *carmina*, tal y como creemos acreditada por el texto de Plinio y siendo perfectamente coherente, no sólo con la concepción del mundo de los antiguos romanos -donde, como ya hemos mencionado, los factores religiosos y mágicos tendrían muchísimo relieve- sino también en particular por la preferencia dada entre los medios mágicos a los poemas o *carmina*⁸⁰.

El fenómeno al que los decemvros dirigían su atención y que pretendían reprimir era el de la magia negra, del acto mágico realizado para producir un mal; y la sanción capital⁸¹ -en opinión de este autor- asumiría una mera función disuasoria y de intimidación ya que, como es probable, los actos de magia negra se realizaban en el más absoluto secreto y misterio y, por tanto, eran difícilmente descubribles.

Por tanto, si no se puede discutir que las XII Tablas se hubieran ocupado de los encantamientos nocivos realizados a través de *carmina*, por el contrario sí que es bastante discutible la forma de las prescripciones prohibitivas establecidas por la ley. Como hemos visto la doctrina respecto a la reconstrucción del precepto se divide entre

⁷⁹ MANFREDINI, *La diffamazione verbale...*, cit., pp. 23 ss.

⁸⁰ ANNEQUIN, *Recherches sur l'action magique et ses représentations*, Paris 1973, pp. 54 ss.

⁸¹ Que se deduce no sólo del texto de Cicerón, donde es mencionada a propósito del *occentare sive carmen condere* sino, más concretamente como ya se ha mencionado del texto de S. Agustín donde es citada en relación con el ilícito consistente en *trasferre fructus*, reconducible, según este autor, al *fruges excantare*.

aquéllos que aceptan el testimonio de Plinio como textual de la ley decemviral “*qui malum carmen incantassit*” y aquellos autores que consideran que se debe preferir el término *occentare* en lugar de *incantare*, bien con un sentido absoluto o con el objeto del *malum carmen*.

MANFREDINI se inclina por una solución distinta que sin aceptar la literalidad de la cita pliniana tampoco sustituye el verbo *incantare* por *occentare*. En verdad, cree que las XII Tablas no han hecho explícita mención del *malum carmen*, disponiendo su prohibición de modo general, pero que sin embargo se han ocupado de algunos casos específicos de encantamientos a través de *carmina*, designándolos con las formas verbales *incantare*, *excantare*, *obcantare* (*occentare*) y quizá otros no documentados.

Su argumentación se fundamenta en la siguiente concepción:

El verbo *incantare* y los correspondientes sustantivos *incantatio*, *incantator* e *incantamentum* expresan constantemente en la lengua de Roma el hecho de realizar un sortilegio⁸². *Incantare* tiene pues el

⁸² Un encantamiento a través de cármenes, generalmente negativos, lo atestigua S. AUG en *Civ* 21, 6: *si magorum opera, quos nostra scriptura ueneficos et incantatores uocat, in tantum daemones extollere potuerunt, ut congruere hominum sensibus sibi nobilis poeta uideretur, de quadam femina, quae tali arte polleter, dicens:*

*Haec se carminibus promittit soluere mentes
Quas uelit, ast aliis duras inmittere curas,
Sistere aquam fluiuis et uertere sidera retro;
Nocturnosque ciet manes: mugire uidebis*

APUL, *ap.* 26: (1) *Auditisne magiam, qui eam temere accusatis, artem esse dis immortalibus acceptam, colendi eos ac uenerandi pergnaram, piam scilicet et diuini scientem,* (2) *iam inde a Zoroastre et Oromaze auctoribus suis nobilem, caelitum antistitam,* (3) *quippe qui inter prima regalia docetur nec ulli temere inter Persas concessum est magum esse, haud magis quam regnare?* (4) *Idem Plato in alia sermocinatione de Zalmoxi quodam Thraci generis, sed eiusdem artis uiro ita scriptum reliquit:*

τὰς δὲ ἐπωδὰς εἶναι τοὺς λόγους τοὺς καλοῦς.

(5) *Quod si ita est, cur mihi nosse non liceat uel Zalmoxi bona uerba uel Zoroastri sacerdotia?*

(6) *Sin uero more uulgari eum isti proprie magum existimant, qui communione loquendi cum deis immortalibus ad omnia quae uelit incredibili[a] quadam ui cantaminum polleat, oppido miror, cur accusare non timuerint quem posse tantum fatentur.* (7) *Neque enim tam occulta et diuina potentia cauere potest itidem ut cetera.* (8) *Sicarium qui in iudicium uocat, comitatus uenit; qui uenenarium accusat, scrupulosius cibatur; qui furem arguit, sua custodit.* (9) *Enimuero qui magum qualem isti dicunt in*

significado griego de ἐπάδειν⁸³. El posible objeto del verbo, persona o cosa, es el objeto sobre el que se dirige el encantamiento y no el medio a través del cual se realiza el encantamiento.

Asimismo de las fuentes mencionadas se deduce que el *carmen* o el *cantus* era considerado el preeminente medio de magia⁸⁴ y en los tiempos más remotos –cuando la creencia en la potencia creadora de la palabra, en particular si se expresaba bajo forma de *carmen* o de *cantus* era absoluta- se puede considerar que fuese el más potente y, quizá, el exclusivo⁸⁵. La fuerza del *carmen* o del *cantus* era infinita⁸⁶ y la recitación de éste producía el encantamiento.

discrimen capitis deducit, quibus comitibus, quibus scrupulis, quibus custodibus perniciem caecam et ineuitabilem prohibeat? Nullis scilicet. Et ideo id genus crimen non est eius accusare, qui credit.

APUL, ap. 42: (1) *Nunc quoniam pisces horum satis patuerunt, accipe aliud pari quidem stultitia, sed multo tanta uanius et nequius excogitatum.* (2) *Scierunt et ipsi argumentum piscarium futile et nihil futurum, praeterea nouitatem eius ridiculam (quis enim fando audiuit ad magica maleficia disquamari et exdorsari piscis solere?), potius aliquid de rebus peruulgatioribus et iam creditis fingendum esse.* (3) *Igitur ad praescriptum opinionis et famae confinxere puerum quempiam carmine cantatum remotis arbitris, secreto loco, arula et lucerna et paucis consciis testibus, ubi incantatus sit, corruisse, postea nesciente sui excitatum – (4) nec ultra isti quidem progredi mendacio ausi. Enim fabula ut impleretur, addendum etiam illud fuit, puerum eundem multa praesagio praedixisse.*

APUL, ap. 45: (8) *Facilius fuit, Aemiliane, ac multo grauius, tete ut ipsum diceres interfuisse et ex eo sacro coepisse dementire potius quam totum negotium quasi ludicrum pueris donares: puer cecidit, puer uidit. Num etiam puer aliqui incantauit?*

⁸³ Th.L.I. sv. *incanto*; ἐπάδειν: conjurar con el canto, sanar o calmar con fórmulas mágicas.

⁸⁴ MASSONEAU, *La magie...*, cit., p. 101 ss, quien oportunamente todavía distingue de los *incantamenta carminum*, las *dirae preces* que son de los *carmina* según testimonia de OV. *Ib.* 83:

*Fluminaque et Nymphae semideumque genus,
denique ab antiquo diui veteresque novique
in nostrum cuncti tempus adeste Chao.*

⁸⁵

*carmina dum capiti male fido dira canentur,
et peragunt partes ira dolorque suas,
annuite optatis omnes ex ordine nostris,
et sit pars voti nulla caduca mei.*

OV, *Heroid.* 6. 84:

*Argolidas timui – nocuit mihi barbara paelex!
non expectata vulnus ab hoste tuli.
nec facie meritisque placet, sed carmina novit
diraque cantata pabula falce metit.*

LIV, 10, 38, 10: *iurare cogeant diro quodam carmine, in execrationem capitis familiaeque et stirpis composito, nisi isset in proelium quo imperatores duxissent et si aut ipse ex acie fugisset aut si quem fugientem uidisset non extemplo occidisset.*

Las *devotiones* o las fórmulas de *defixiones* también encontraban su ámbito en los *carmina*. Del mismo modo vid. ANNEQUIN, *Recherches*, cit., pp. 25 ss y TUPET, *La magie...*, cit., pp. 169 ss.

⁸⁵ Ponen el acento en la exclusividad del *carmen* como medio de magia, en la época más arcaica: PERNICE, *Parerga*, pp. 220 ss; PFAFF, sv. *Incantatio*, en RE IX, 2 col.1241; VOIGT, *Die XII...*, II, cit., pp. 800 ss.

⁸⁶ TIB, 1, 8,17 ss:

San Isidoro en sus Etimologías⁸⁷ afirma que *incantatores dicit sunt, qui artem verbis peragunt*. Por su parte Apuleyo⁸⁸, refiriéndose a la norma decemviral sobre el encantamiento de mieses, nos ofrece un interesante documento sobre el modo en el que tales prácticas se desarrollaban: *magia ista, quantum ego audio, res legibus delegata, iam inde antiquitus XII tabulis propter incredundas frugum incelebras interdicta, igitur et occulta non minus quam tetra et horribilis, plerumque noctibus vigilata et tenebris abstrusa et arbitris solitaria et carminibus murmurata, cui non modo servorum, verum etiam liberorum pauci adhibentur*. La magia es, pues, oculta, nocturna, solitaria y así se habla de *carminibus murmurata*.

Asimismo existen claras indicaciones sobre el hecho de que el ilícito *fruges excantare*, estrechamente emparentado con el *malum*

*Num te carminibus, num te pallentibus herbis
 Devovit tacito tempore noctis anus?
 Cantus vicinis fruges traducit ab agris,
 Cantus et iratae detinet anguis iter, 20
 Cantus et e curru Lunam deducere temptat
 Et faceret, si non aera repulsa sonent.
 OV, am.2,1,23-28:
 carmina sanguineae deducunt cornua lunae,
 et revocant niveos solis euntis equos;
 carmine dissiliunt abruptis faucibus angues,
 inque suos fontes versa recurrit aqua.
 carminibus cessere fores, insertaque posti,
 quamvis robur erat, carmine victa sera est.*

OV; rem.253-258:
*Et magicas artes posse iuvare putat. 250
 Ista veneficii vetus est via; noster Apollo
 Innocuam sacro carmine monstrat opem.
 Me duce non tumulo prodire iubebitur umbra,
 Non anus infami carmine rumpet humum;*

⁸⁷ ISID. Etym. 8, 9 (*De magis*), 15.

⁸⁸ El texto completo de APUL. Ap. 47. (1) *Aut cur sisti postulabas tantam familiam? Magiae accusans de XV seruis denuntiasti; quid, si de ui accusares, quot tandem seruos postulares?* (2) *Sciunt ergo aliquid XV serui et occultum est. An occultum non est et magicum est? Alterum horum fatearis necesse est: aut illicitum non fuisse in quo tot conscios non timuerim, aut si illicitum fuit, scire tot conscios non debuisse.* (3) *Magia ista, quantum ego audio, res est legibus delegata, iam inde antiquitus XII tabulis propter incredundas frugum incelebras interdicta, igitur et occulta non minus quam tetra et horribilis, plerumque noctibus uigilata et tenebris abstrusa et arbitris solitaria et carminibus murmurata,* (4) *cui non modo seruorum, uerum etiam liberorum pauci adhibentur.* (5) *Et tu quindecim seruos uis interfuisse? Nubtiaene illae fuerunt an aliud celebratum officium an conuiuium tempestiuum? XV serui sacrum magicum participant, quasi XV uiri sacris faciundis creati?* (6) *Cui tamen rei tot numero adhibuissem, si conscientiae nimis multi sunt? XV liberi homines populus est, totidem serui familia, totidem uincti ergastulum.* (7) *An adiutorio multitudo eorum necessaria fuit, qui diutine hostias lustralis tenerent? At nullas hostias nisi gallinas nominastis. An ut grana turis numerarent? An ut Thallum prosternerent?*

carmen incantare, se realizaba generalmente *cantibus*⁸⁹, *canticis*⁹⁰, es decir, a través de entonaciones de *carmina*⁹¹.

Estas circunstancias inducen a este autor a pensar que en la época de las XII Tablas, los verbos *incantare* y *excantare* no sólo tuvieron el significado de cantar o entonar (por ejemplo, un *carmen*) sino de producir un encantamiento, y no con un medio mágico cualquiera sino, concretamente, con un *carmen*.

Si esto es verdad, la cita pliniana "*qui malum carmen incantassit*", es -en opinión de este autor- errónea para la reconstrucción del precepto decemviral. En el original, o se habla de *malum carmen cantare*, para describir un supuesto abstracto donde entra toda forma de encantamiento nocivo, o de *incantare*, en el sentido de producir un encantamiento a través de *carmen*, en conexión con un complemento que expresara el objeto (persona, animal o cosa) sobre la que se dirigía el encantamiento y no el medio a través del cual se produce el encantamiento (*carmen*).

Esta segunda hipótesis es la asumida por MANFREDINI puesto que es la única que se concilia con el testimonio seguro relativo al ilícito de magia consistente en el *fruges excantare* (tab.8. 8; PLIN. *Nat.* 28, 2, 17): una norma que hubiese previsto el hecho de *malum carmen incantare* en el sentido de recitar con voz modulada fórmulas mágicas nocivas, hubiese hecho que fuera superflua cualquier otra norma dirigida a reprimir formas específicas de encantamiento que consistían, como el *fruges excantare*, en la entonación de *carmina*. Es

⁸⁹ SEN, *nat. quaest.* 4,7; TIB, 1, 8, 19: *Cantus vicinis fruges traducit ab agris*; OV.*am.*3,7,31:

*Num mea Thessalico languent devota veneno
corpora? num misero carmen et herba nocent,
sagave poenicea defixit nomina cera
et medium tenuis in iecur egit acus?*

⁹⁰ MART. CAP. 9, 928.

⁹¹ OV, *rem.* 254.

ésta la contradicción que se encuentra en el testimonio de Plinio donde junto al *malum carmen incantare* se cita, a continuación, *fruges excantare*.

A la luz de estas consideraciones MANFREDINI considera que está fundado suponer que las XII Tablas no han considerado expresamente los *mala carmina* y que esta locución no estaba contenida en el texto de la ley. El fenómeno de los encantamientos a través de cármenes habría sido abordado casuísticamente, no con una disposición general que prohibiría el encantamiento nocivo, sino con disposiciones sobre particulares objetos, por ejemplo, las personas (los animales), los frutos de la tierra y la casa.

Los términos *incantare*, *excantare* y, probablemente, *obcantare* (junto a otros, quizá, no testimoniados) designaban en el texto de la ley el hecho de producir un encantamiento nocivo a través de un *carmen*. Todo ellos están compuestos por el verbo *cantare* precedido por distintos prefijos. *Cantare* presenta, ya en época muy antigua, junto al significado fundamental de emitir un sonido modulado con la voz (humana o animal) y a aquél trasladado de recitar cármenes, el significado de encantar con cármenes o poemas, tal vez derivado por el uso de pronunciar las fórmulas encantadoras con voz modulada, puesto que a la fuerza de la palabra se añadía aquélla de la melodía. En conexión con los prefijos *in*, *ex*, *ob* el significado mágico de *cantare* se configura asumiendo una connotación negativa⁹² en razón de la dirección del encantamiento o de su objeto: *incantare aliquem* o *aliquod* (*cantare in aliquem*); *excantare fruges* (*cantare ex frugibus*) *obcantare portum* u *ostium* (*cantare ob portum*).

⁹² No es casual que, según MANFREDINI, cuando Catón (*agr.*160) y Varrón (*rust* 1, 2, 27) atestiguan la práctica lícita de los *carmina luxatis membris* y *podagris* (PLIN. *Nat.* 28, 21) no hablen de *incantare* o *excantare* sino de *cantare*.

Por ello, para este autor, es bastante plausible la idea de que las XII Tablas hayan prohibido hacer sortilegios, a través de cármes, contra⁹³ personas⁹⁴ o animales (*in-cantare alterum*), para sustracción⁹⁵ de los frutos de la tierra (*ex-cantare fruges*); en dirección⁹⁶ a la casa (*ob-cantare portum*). De este modo defiende la existencia de una pluralidad de disposiciones particulares, en lugar de una sola disposición general, y considera que esta hipótesis, además de ser más compatible con el dictado de las fuentes (donde se habla de *incantare*, *excantare* y *occentare*), está más en consonancia con la tendencia en las XII Tablas a una rigurosa individualización casuística de los supuestos punibles.

⁹³ Para este valor de *in*, WALDE, HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1965, I, p. 687.

⁹⁴ Aislada es la opinión de VOIGT, *Die XII...*, cit., p. 802 ss. según la cual los sortilegios contra las personas eran excluidos de la previsión de las XII Tablas.

⁹⁵ FORCELLINI, sv. *Excanto*: *excanto est incantationibus, veneficiis et magicis artibus elicio, evoco, exire facio, traduco, transfero: nam incantamenta plerumque carminibus et cantationibus fiunt. Excantare expresa la idea del encantamiento dirigido a la sustracción de cualquier cosa perteneciente al objeto del encantamiento; con la locución clausas...excantare puellas* (PROP.3, 3, 49) se entiende hacer un encantamiento que haga salir de casa a la joven; con *excantata voce* se puede rasgar la luna del cielo (HOR. *Epod.* 5, 45). La exacta comprensión del término *excantare* es indispensable para comprender la naturaleza del ilícito designado con este término en las XII Tablas y resolver las dudas que las fuentes muestran al respecto. PLINIO *nat.* 28, 17 testimonia: *qui fruges excantassit*; Séneca (*nat. quaest.* 4.7): *alienos fructus excantassit*, a estos dos testimonios se contraponen SERV. *ecl.* 8, 99 quien atribuye a las XII Tablas la locución *neve alienam segetem pellexeris* y PLIN. *nat.* 18, 41 quien, a propósito del proceso contra F. Chremius, recita *fruges alienas pellicere veneficiis*. Los clásicos representan el fenómeno del encantamiento (con o sin explícita referencia a las XII Tablas) a través de los términos: *traducere* (VER. *Ecl.* 8, 99; TIB. 1, 8, 19); *transferre* (AUG. *Civ.* 8, 19); *transire* (MART. *Cap.* 9, 928); OV. *rem.* 255). En la literatura se ha formado una sólida interpretación según la cual las XII Tablas preveían dos específicos casos de encantamientos de los frutos: el hecho de destruirlos (*excantare*) y el hecho de transportarlos de un campo ajeno al propio (*pellicere*); esto es, siguiendo a BRUNS, *Fontes...*, cit., p. 31 se distinguiría entre un *damnum dare* (tab. 8.8 a) y un *lucrum facere* (tab. 8.8 b): en este sentido, entre otros, WIEACKER, *Zwölftafelpr...* p. 405 y KASER, *PR*, I, p.155. Si se tiene en mente el hecho de que *excantare* no significa hacer un encantamiento dirigido a destruir cualquier cosa, sino a sustraer cualquier cosa y, en concreto las XII Tablas, a sustraer los frutos de otro, parece evidente que tanto el caso en el que el mago quiera transferir a propio beneficio los frutos de un campo al propio, cuanto en el caso de que quiera dejar el campo desprovisto de frutos, entran ambos conceptualmente en el *excantare*. Séneca (*nat. quaest.* 4, 7), como comentario del precepto decemviral referido con la forma de *excantare*, observa: *rudis adhuc antiquitas credebat et imbres attrahi cantibus et repelli*; aquí se hace expresa referencia a las lluvias que pueden ser atraídas o repelidas, pero parece que el autor entienda el término *attrahere* y *repellere* como una explicación de *excantare*, probando que a través de una *frugum excantatio* se podría también obtener una transferencia hacia el propio fundo de los frutos del vecino, esto es, un *lucrum facere*. Probablemente *segetes pellicere* es una interpretación vulgar y corriente de la locución originaria *fruges excantare*, la cual describe de los encantamientos de los frutos, aquél casuísticamente más común, esto es, aquél que gana al autor los frutos del fundo vecino.

⁹⁶ Fest. s.v *ob* (L.218): *Ob praepositione antiquos usos esse pro ad...*

Si bien la exacta formulación de los preceptos señalados es obviamente imposible de establecer, sin embargo, MANFREDINI está convencido de que la locución *malum carmen* no se encontraba prevista en el texto decemviral. Aparte de las razones expuestas, pretende apoyar esta suposición en el testimonio de Gayo que recoge que las XII Tablas⁹⁷ (Tab. 8, 25) se ocupaban con una disposición general de los medios mágicos como medios terapéuticos⁹⁸; pero éstos eran designados con el término *mala venena* aunque con toda probabilidad consistieran en *carmina* (de ahí que se hable de *dicere mala venena*). Por ello no es azaroso -para este autor- suponer que, en las XII Tablas, el carmen mágico como medio de encantamiento

⁹⁷ Tab.8, 25. (Gayo en D.50,16, 236 pr): *Qui venenum dicit, adicere debet, utrum malum an bonum; nam et medicamenta venena sunt.*

⁹⁸ Las XII Tablas conocían el término *venenum* según relata Gayo en D.50, 16, 236 pr. (1.4 ad XII Tab): *qui venenum dicit, adicere debet, utrum malum an bonum; nam et medicamenta venena sunt.* Algunos autores han pensado que el fragmento gayano comenta la norma relativa al *malum carmen incantare* (LENEL, *Paling.* Gai. 436). Si bien no se puede absolutamente excluir que existiesen profundas ligaduras entre las disposiciones relativas a los cármes mágicos vistos antes y este testimonio, no obstante, cuáles fueran éstas es difícil -diríamos casi imposible- de determinar. Al parecer de MANFREDINI, hay algunos indicios que podrían acreditar en Gayo la presencia de una tradición relativa a la reglamentación de los sortilegios en las XII Tablas, profundamente distinta de la que transmite las fuentes literarias. Ante todo es segura la originaria pertenencia del significado de *venenum* a la esfera de la magia (ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris 1959, p. 719; WALDE HOFMANN, *Lat.etym. Wörterb.*..., II, cit., p. 748). En la noción de *venenum* entra sin duda la noción de carmen mágico (por todos MOMMSEN, *Straf.*, cit., pp. 635-639; MASSONEAU, *La magie*..., cit., pp. 52 ss) y esto es expresamente testimoniado (QUINT.7, 3, 7; CTh. 9. 16, 6). No se puede excluir que, en la antigüedad, *venenum* designase, entre los medios mágicos, únicamente el *carmen* ya que se piensa que las *herbae* (que junto con los *carmina* constituyen la dicotomía con la que, en época avanzada, se designan todos los medios mágicos) habían encontrado uso en las artes mágicas sólo a continuación de los influjos provenientes de Grecia (PERNICE, *Parerga*, p. 221) y se puede pensar que la potencia de las *herbae* o pociones inicialmente fuese asegurada a través de la recitación de un carmen, como se puede legítimamente deducir de la locución corriente, *cantatae herbae* (OV. *met.*7, 98; am. 1, 14, 39). Si a la luz de estas observaciones entendemos, con referencia a las XII Tablas, *venenum* en el significado de fórmula mágica, de *carmen*, y consideramos que Furias Chresimus (PLIN, *nat.* 18, 41), fue imputado *veneficiis* (bastante probablemente *ex XII tabulis*) por el delito de encantamiento de las mieses que como hemos visto se realizaba a través de *carmina*, podremos pensar que las XII Tablas se ocupaban de la *magia carminum* disponiendo el veto, en un precepto general, de *dicere malum venenum* y no tipificando específicas formas de encantamiento. Una huella de esta disposición sobre el *malum venenum* podría encontrarse en CIC, *Cluent.* 148 donde es reclamada la ley Cornelia en estos términos: *qui venenum malum fecit, fecerit*: el cambio del verbo *dicere* por *facere* podría ser el signo de un uso progresivamente común de las *herbae* respecto a los *carmina*. Pero a esta opinión se opone la sólida tradición literaria relativa a una pluralidad de previsiones particulares y MANFREDINI se inclinaría a creer que Gayo atestigua una disposición que se ocupaba del *veneficus*, esto es, del mago de profesión que predisponía con fin benéfico y terapéutico el medio mágico; al que *qui dicit venenum* incurría en la obligación de decir sólo el *bonum venenum* (por ejemplo los *carmina luxatis membris* e *podagris*) o, cuanto menos, especificar si el *venenum* requerido era *bonum* o *malum*. De todos modos lo que nos interesa aquí subrayar es que, a través del testimonio gayano, MANFREDINI asume que, si las XII Tablas hubiesen citado expresamente los cármes nocivos, lo habrían hecho con la locución *malum venenum* y no *malum carmen*.

no fuese designado con el término *carmen* sino *venenum*⁹⁹. Una posibilidad de la que no estamos del todo convencidos pues si el autor aboga por un valor absoluto del verbo *incantare*, siendo a su entender superfluo el explicitar el medio (*malum carmen*), tampoco debiera aparecer el término *malum venenum*, y el hecho de que en ocasiones el *venenum* fuera *carmen*, ello no es razón suficiente para que el término *venenum* absorba al de *carmen* que es el utilizado mayoritariamente por las fuentes para designar las fórmulas mágicas.

Sobre dichas fórmulas mágicas, los *incantamenta* a través de cármenes en las XII Tablas, cabe analizar con detenimiento, las acertadas consideraciones realizadas por MANFREDINI.

En primer lugar, después de todos los argumentos expuestos sobre la mayor eficacia reconocida, en época antigua, a la palabra recitada respecto de la escrita -a parte del hecho de la modesta difusión de la escritura en la época de las XII Tablas-, se puede mantener que fuese escasa la consideración reservada en la práctica al *carmen* mágico escrito, apreciado sólo como tal y no también recitado¹⁰⁰. Esto induce, por ende, a excluir que, con referencia a la magia, las XII Tablas se ocupasen del *carmen conditum*, como un intento de reprimir a quien hiciese el encantamiento a través de un *carmen* escrito, sólo al autor del *carmen*, esto es, al mago que compone bajo comisión la fórmula mágica. Al respecto se puede observar también que gran parte de las fórmulas mágicas debían pertenecer a un común patrimonio tradicional, siendo difícil

⁹⁹ A este respecto MANFREDINI, *La diffamazione...*, cit., p. 29 utiliza la ausencia del término *malum carmen* para desvirtuar el contenido del texto de Horacio y así afirma que si está fundado suponer que la antigua ley, considerando el fenómeno, no ha mencionado expresamente el *malum carmen*, es del todo arbitrario asegurar que Horacio (en una época en la que la locución designa tanto el *carmen* mágico nocivo como el difamatorio), cuando habla de *malum carmen* con una referencia segura al *carmen maledicum* y declara la represión por obra de unas no mejor precisadas *leges*, se refiere sobreentendiéndola a la norma decenviral relativa a las fórmulas mágicas nocivas. La ausencia en el texto de las XII Tablas de tal locución restituye a la tradición horaciana relativa al *malum carmen* (o *carmen maledicum*) toda su autonomía e independencia de aquélla formada en torno a los *incantamenta* en las XII Tablas.

¹⁰⁰ ANNEQUIN, *Recherches...*, cit., p. 27, pp. 57 ss.

determinar la identidad del compositor y que, en todo caso, previendo las XII Tablas la figura del *veneficus qui malus venenum dicit* (entendido probablemente como el hechicero que sugiere, con objeto terapéutico, pociones y fórmulas), y entrando -verosímilmente- en la época en la noción de *venenum* los *carmina* mágicos era, por tanto, prevista ya la represión del autor de la fórmula encantadora nociva.

En segundo lugar el hecho -ya citado- de que las prácticas de magia negra eran nocturnas, secretas y misteriosas, hace tambalear la denominada teoría intermedia que sostiene que el *malum carmen* además del encantamiento podía producir infamia. Quien realizaba las prácticas de magia negra lo hacía con la máxima discreción evitando cualquier forma de publicidad, para sí y para la víctima. No eran los hombres los que debían ser informados y llamados en su ayuda sino las fuerzas misteriosas de la naturaleza y los dioses de los infiernos. Esta circunstancia es fundamental y se encuentra bien documentada en las fuentes¹⁰¹ y además es comúnmente asumida¹⁰², por lo que induce -creemos correctamente- a MANFREDINI¹⁰³ a rechazar aquellas opiniones¹⁰⁴ que, negando la existencia, en las XII

¹⁰¹ APUL. *Ap.* 47: 1) *Aut cur sisti postulabas tantam familiam? Magiae accusans de XV seruis denuntiasti; quid, si de ui accusares, quot tandem seruos postulares?* (2) *Sciunt ergo aliquid XV serui et occultum est. An occultum non est et magicum est? Alterum horum fatearis necesse est: aut illicitum non fuisse in quo tot conscios non timuerim, aut si illicitum fuit, scire tot conscios non debuisse.* (3) *Magia ista, quantum ego audio, res est legibus delegata, iam inde antiquitus XII tabulis propter incredundas frugum inlecebras interdicta, igitur et occulta non minus quam tetra et horribilis, plerumque noctibus uigilata et tenebris abstrusa et arbitris solitaria et carminibus murmurata,* (4) *cui non modo seruorum, uerum etiam liberorum pauci adhibentur.* (5) *Et tu quindecim seruos uis interfuisse? Nubtiaene illae fuerunt an aliud celebratum officium an conuiuium tempestiuum? XV serui sacrum magicum participant, quasi XV uiri sacris faciundis creati?* (6) *Cui tamen rei tot numero adhibuissem, si conscientiae nimis multi sunt? XV liberi homines populus est, totidem serui familia, totidem uincti ergastulum.* (7) *An adiutorio multitudo eorum necessaria fuit, qui diutine hostias lustralis tenerent? At nullas hostias nisi gallinas nominastis. An ut grana turis numerarent? An ut Thallum prosternerent?;* PS 5,23,15: *Qui sacra impia nocturnave, ut quem obcantarent defigerent obligarent, fecerint faciendave curauerint, aut cruci suffiguntur aut bestiis obiciuntur.*

¹⁰² Por todos: VOIGT, *Die XII...*, II, cit., p. 803; CESANO, sv. *Defixio*, p. 1559. FRAENKEL, *rec a Beckmann*, cit., p. 195; ANNEQUIN, *Recherches...*, cit., pp. 54 ss.

¹⁰³ MANFREDINI, *La diffamazione...*, cit., p. 31.

¹⁰⁴ MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte...*, cit., p. 19. PUGLIESE, *Studi...*, cit., p. 24; KASER, *RP*, I,

Tablas, del delito de difamación verbal y sosteniendo que eran reprimidos sólo los cármes mágicos, aseguran todavía que el encantamiento era castigado por la infamia que producía en el honor y respeto del destinatario. Esta tesis como hemos mencionado se apoya en las *tabulae defixionum* que nos han llegado abundantemente de todo el mundo antiguo, la cuales a menudo contienen en el texto además de la fórmula mágica de la imprecación con la que se recomiendan males de todo tipo a los dioses del infierno contra el destinatario, el nombre de la víctima y el daño o ilícito que se le imprecia (por ejemplo hurto); y aun cuando son documentos más tardíos, se plantea la hipótesis, por parte de los sostenedores de la tesis difamatoria, de que dichas tablas constituyen una práctica antigua y se supone que con la recitación y la difusión de semejantes fórmulas, cuando el daño o el ilícito lamentado no era fundado, se esparcía la infamia sobre el destinatario. Y es por esto que tales fórmulas habrían sido severamente prohibidas en las XII Tablas.

Según MANFREDINI, esta interpretación es una opinión inaceptable ya que estas tablas de plomo, que probablemente suceden al uso más antiguo de pronunciar oralmente la deprecación, no estaban destinadas al público, sino que eran clandestinamente escondidas en lugares ordinariamente inaccesibles como sepulcros, lugares dedicados a los dioses, puesto que era la directa comunicación con la divinidad lo que importaba, no la comunicación con los hombres. Así raramente tales tablillas eran expuestas abiertamente y cuando esto se producía, solía realizarse con el fin de invitar al destinatario a reparar el daño y no para rendir cuentas a la comunidad del acto¹⁰⁵. Se añade a su vez el hecho de que casi todas las tablillas -poquísimas y generalmente amatorias- callan el nombre

cit., p. 155; BIRKS, *The Early History of iniuria*, T. 37, 1969, p. 206. En el grupo se pueden incluir también los autores que sostienen una falta de diferencia entre la palabra difamatoria y la mágica, entre los que se encuentran HENDRICKSON, *Occentare...*, cit., p. 86 y RONCONI, *Malum carmen...*, cit., pp. 158 ss.

¹⁰⁵ CESANO, sv. *defixio*, p.1587; 1589.

del defixente, por lo que era materialmente imposible conocer al autor. Si faltaba la publicidad del acto, éste no podía ser considerado como difamatorio, el hecho mágico era secreto, por tanto no podía generar difamación y por lógica las XII Tablas no lo perseguían como delito de difamación sino, en su caso, como daño¹⁰⁶.

Si se accede a la idea de que la legislación decemviral consideraba sólo la magia realizada *carminibus* y reprimía tal fenómeno utilizando disposiciones particulares que aislaban figuras específicas de encantamiento descritas con la forma verbal *cantare* y prefijos, unida al objeto sobre el que se dirigía el encantamiento (*incantare aliquem, excantare fruges*), nada obsta -en opinión de MANFREDINI- para interpretar también en esta perspectiva la forma verbal *occantare* que, desde el punto de vista semántico y morfológico, está estrechamente emparentada con *incantare* y *excantare* siendo formada por *cantare* y *ob*¹⁰⁷ y, por tanto, reflejando también ese fenómeno mágico.

El término *occantare* es pocas veces recogido en las fuentes y resulta relevante el uso que del término hace Plauto en constante conexión con *ostium*. Así al parecer de MANFREDINI asume la importancia de un documento de anticuario puesto que, a partir de Plauto, no sólo la locución *occantare ostium* no se documenta más, sino que desaparece el uso del propio término *occantare*, ya que durante la época posterior éste nunca más es usado con tal forma¹⁰⁸ sino en las formas *obcantare* o *occinere*; y en esa primitiva

¹⁰⁶ MANFREDINI, *La diffamazione*..., cit., p. 32.

¹⁰⁷ Sobre el significado mágico de *cantare* véase lo ya expuesto en las páginas anteriores. Para el valor de *ob* Fest. sv.*ob* (L.218); sobre el significado de *ob* como preposición de lugar PAUL.DIAC. sv. *ob* (L.187).

¹⁰⁸ La *occantans funebria* recogida en AMM. 30. 5. 16: *namque diebus ante paucissimis ruinas fortunarum indicantia celsarum, arsere crinita sidera cometarum, quorum originem supra docuimus. ante apud Sirmium repentino fragore nubium fulmen excussum, palatii et curiae partem incendit et fori, et apud Sabariam eodem adhuc constituto, bubo culminibus regii lauacri insidens occantansque funebria, nulla iacientium sagittas et lapides contemplabili dextera cadere potuit, certatim licet ardenti studio petebatur* y la *occantatio bucinarum* de SYMM. *Or.* 2,5 deben entenderse como tardíos y personales neologismos, así, BECKMANN, *Zauberei*, cit., pp. 42 ss; BRECHT, sv. *occantare*, coll. 1752, 1756.

formulación (*occentare*) sólo va a ser citado por los glosadores que lo entienden como una reliquia del pasado.

Parece entonces que se pueda plantear la hipótesis de la existencia de una disposición que, en la forma *occentare ostium* (o *portum*), reprimiría los encantamientos hechos contra la casa, simbólicamente representada por la puerta¹⁰⁹.

Es por todos conocida la concepción sacra que los antiguos tenían del hogar, sede del culto doméstico¹¹⁰, *hoc perfugium est ita sanctus omnibus ut inde abripi neminem fas sit*¹¹¹; *tutissimum cuique refugium atque receptaculum*¹¹². Pero la casa no era sólo objeto de culto religioso, era además el punto de apoyo de creencias sagradas y, sobre todo, la puerta. Ésta era protegida por especiales divinidades¹¹³, propiciadas en buena armonía con fórmulas¹¹⁴ y mágicas representaciones¹¹⁵, tutelada contra los encantamientos y los incendios con palabras mágicas¹¹⁶ y medios de desconjuro¹¹⁷ y

¹⁰⁹ FEST. sv. *portum* (L.262); *portum in XII pro domo positum omnes fere consentiunt...*

¹¹⁰ Por todos ver: FUSTEL DE COULANGES, *La città antica*, Firenze, 1924 pp. 29 ss. TURCHI, *La religione di Roma antica*, Bologna 1939 p. 11 ss.

¹¹¹ CIC, *dom.* 109, también CIC, *Vat.* 22; *Mil.* 18; *Cat.* 4, 2. Obviamente el carácter sagrado de la *domus*, entendido en un sentido atécnico, se limitaba frente a la coerción del magistrado (CIC, *Cluent.* 39). Al respecto vid. la reciente contribución de LÓPEZ HUGUET, M^a.L., *Régimen jurídico del domicilio en Derecho romano*, Prólogo de A. Fernández de Buján, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 234 ss.

¹¹² D.2.4.18 (Gayo i, *ad XII Tab*).

¹¹³ Como Forculus patrono de la puerta, Cardea, patrona de las bisagras; Limentinus, del umbral (para el elenco de las divinidades que protegían todo canto de la casa, ARNOB. *Nat.* 4, 9 y SERV. *Aen* 2, 469: *vestibulum* 'vestibulum' est prima ianuae pars. dictum autem vestibulum vel quod ianuam vestiat, ut videmus cameram duabus sustentatam columnis: vel quoniam Vestae consecratum est. unde nubentes puellae limen non tangunt. Lucanus translata vitat contingere limina planta (2.359). singula enim domus sacrata sunt diis: ut culina penetibus, maceries, quae ambit domum, Herceo Iovi. sane videtur vestibulum et limen pro una re dixisse. *pyrrhus* a colore comae dictus, qui Latine burrus dicitur. ita et Sallustius '*Crispus*'). Para la discusión sobre la remota y efectiva importancia que estas particulares divinidades han tenido en la historia de la religión romana ver. DUMÉZIL, *La religione romana arcaica*, Milano 1977 pp. 46 ss.

¹¹⁴ *Indigitamenta* es el término que designa la recopilación de plegarias y fórmulas pontificales donde son contenidos los nombres de la divinidad a invocar; en el sentido propio de plegaria, el encantamiento, la invocación son *indigitamenta* (L.101): *indigitamenta incantamenta*, vel. *Indicia*.V.: BOUCHÉ-LECLERQ, sv. *indigitamenta*, en DS III, 1 pp. 468 ss; RICHTER, sv. *indigitamenta*, en RE IX, 2, col. 1347. *Indigites*. Dioses primitivos y nacionales de los romanos.

¹¹⁵ PLIN, *nat.* 29,67.

¹¹⁶ PAUL DIAC. sv. *arseverse* (L.27); PLIN, *nat.* 28, 26

¹¹⁷ Llamados *scillae* en PLIN, *nat.* 20. 101, y PLIN, *nat.* 30, 82.

sensiblemente personalizada como, por ejemplo, aparece claramente en los textos de Plauto y en los poetas elegíacos¹¹⁸.

El encantamiento dirigido a hacer que la puerta de la *domus*¹¹⁹ se abriese sin el consentimiento del padre, debía ser particularmente temido en la época más antigua, pero también las deprecaciones con las que se invocaban sobre la casa enemiga males de todo género¹²⁰. De uno y de otro caso tenemos considerables huellas en las fuentes de época avanzada, sobre todo del encantamiento de la puerta para que ésta se abra. A parte de la plautina fórmula mágica de Phaedromus dirigida a los *pessuli* (cerrojos) de la puerta que lo aparta de la amada, el fenómeno específico de la invocación a la puerta que se debe abrir a través de la potencia del *carmen* es bastante difundido por los poetas (Catulo, Tibulo y Ovidio)¹²¹.

Se trataba de una realidad mágica que, con el paso del tiempo y con la concepción del mundo más racionalista, fue circunscribiendo la creencia en tales prácticas solamente a la esfera amorosa, puesto que en este ámbito es alimentada por la irracionalidad del amante rechazado; fuera de estos casos el rito del encantamiento de la puerta se acompaña de la incredulidad, lo irrisorio, la no peligrosidad y, por tanto, la plena licitud.

Sin embargo, para la época de los decenviros, en opinión de algunos autores¹²² parece posible reconducir la disposición que vetaba el *occentare ostium* o *portum* a la necesidad de defender el

¹¹⁸ HUVELIN, *La notion...*, cit., p. 49.

¹¹⁹ Convenimos con LÓPEZ HUGUET, *Régimen jurídico del domicilio...*, cit., pp. 27 ss., en que para esta época es más correcto emplear el término *domus* que el de *domicilium*, concepto que no se elaboró hasta el siglo II a.C.

¹²⁰ En OV. *fast* 2, 571 ss está el rito de la protección del umbral contra las *hostiles linguae*; en HOR. *Epod.* 5. 53 ss las deprecaciones de Canidia.

¹²¹ Recordemos sólo los testimonios donde claramente se acude a la potencia del *carmen* o de las *verba* la esperanza del amante en que la puerta se abra: PROP. 1, 16, 1 ss; TIB. 1, 2, 7 ss; 1, 5, 67 ss; 2, 6, 11; OV. *am.* 2, 1, 17-28.

¹²² En este sentido, por todos, MANFREDINI, *La diffamazione...*, cit., pp. 35 ss. y la bibliografía por él citada.

hogar de las fuerzas malvadas que lo podían penetrar si eran oportunamente invocadas. De esta manera, se ha apreciado que, a pesar de que las XII Tablas no contemplen una norma expresa donde se sancione el principio de la inviolabilidad del domicilio (entiéndase *domus*), no por ello no era profesado, como parece deducirse de la aplicación de algunos institutos tales como la *in ius vocatio*, la *quaestio lance licioque* y la *obvagulatio ob portum*¹²³.

No obstante, tras los recientes estudios sobre el domicilio realizados por LICANDRO, DOMÍNGUEZ LÓPEZ y LÓPEZ HUGUET se ha puesto de manifiesto que todas y cada una de estas instituciones no pueden ser consideradas como el origen de la protección jurídica de la inviolabilidad de la *domus*, sino que su previsión en la legislación decemviral responde, en su caso, a otras justificaciones¹²⁴.

¹²³ Una exposición de las principales teorías en este sentido en LÓPEZ HUGUET, *Régimen jurídico del domicilio...*, cit., pp. 135 ss., quien, a nuestro juicio acertadamente, niega que tales instituciones puedan ser consideradas como el origen de la protección jurídica de la inviolabilidad del domicilio, protección que sólo cabe remontar a la ampliación fáctica de la acción de injurias pretoria.

¹²⁴ LICANDRO, O., *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Torino, 2004; DOMÍNGUEZ LÓPEZ, E., *Antecedentes históricos de la violación del domicilio*, en *El Derecho penal: De Roma al Derecho actual*, VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho Romano, Madrid, 2005, pp. 201 ss.; LÓPEZ HUGUET, *Régimen jurídico del domicilio...*, cit., pp. 135 ss. En efecto, en relación con las pesquisas domésticas, estos autores consideran que es precisamente en el contexto relativo a al problema del *furtum* y sus diversas modalidades, en el que se ubican las normas que regulan los procedimientos a seguir para efectuar el registro del domicilio, siendo en este contexto y no en otro, donde debe entenderse la sanción pretoria a la negativa de la pesquisa (Gayo, *Inst.*, 3.188 y 192), que es interpretada como una confesión de culpabilidad del hurto. En relación con la *occentatio*, consideran que la misma, interpretada en sentido difamatorio, no puede ser entendida como como una prueba de la protección del domicilio en la legislación decemviral puesto que, es ampliamente admitido, que las XII Tablas no sancionaron las ofensas a la personalidad que no comportasen daños físicos o corporales. Pero tampoco entendida en clave mágica puede considerarse la *occentatio* como una violación del domicilio dado que, centrándose en la identificación *portum=domus* que realiza MANFREDINI, al margen de toda consideración sobre el testimonio de Festo en orden a la concepción de la puerta como símbolo de la *domus*, debe observarse que la reconstrucción del autor es poco comprensible si se viene a hablar a tal propósito de violación de domicilio. O se entiende la puerta como entidad dotada de una propia autonomía y, por tanto, susceptible de tutela jurídica por sí misma o, diversamente, se entiende que es una simple parte de la casa; pero, en tal caso, mostraría no tanto la ofensa a la puerta en cuanto tal, sino siempre y solamente el atentado a la paz familiar. El fin del *occentare* consistiría entonces en favorecer el ingreso del maleficio en el ambiente doméstico, haciendo obsoletos ritos y amuletos conectados a la puerta y de esto, sin embargo, se ve bien como impropriamente se puede hablar de violación de domicilio. la *occentatio* era un encantamiento contra los elementos materiales (quicios, montantes, aldabas, pestillos, cerrojos, etc.) de la puerta para que se abriese. A su juicio, la *occentatio* atacaba la puerta justamente por su función protectora hacia la *domus* y consistiría en un maleficio lanzado hacia la puerta, no tanto porque representase la *domus*, sino porque de la *domus* era el natural ingreso a través del cual pasaban no sólo los vivos sino también las divinidades, benéficas y maléficas. La hipótesis de que se tratase de una forma de violación de domicilio, insiste el autor, se confronta con el hecho de que se trataba de una magia dirigida materialmente contra la puerta, en cuanto estructura, para que se abriese, para reducir aquel diafragma

Ciertamente las reflexiones sobre la inviolabilidad del domicilio exceden del ámbito objeto de nuestro estudio, y para su análisis nos remitimos a la bibliografía específica sobre la materia.

Pero, prescindiendo de estas cuestiones, resulta necesario que dediquemos una especial atención a la formulación festina de la norma decemviral que nos refiere la *obvagulatio*¹²⁵. Ésta podría consistir en el hecho de cercar¹²⁶ y de gritar¹²⁷ a grandes voces el nombre y los deberes del testigo para constreñirlo, en virtud de la publicidad así alcanzada, a prestar el testimonio. Pero probablemente ésta es una sanción¹²⁸ dispuesta contra la falta de testimonio y consistente en recriminarle, seguramente con gritos y no con palabras, delante de la puerta de casa, su ilícito.

entre quien estaba dentro y quien desde fuera perseguía un vínculo, pero no para favorecer la entrada de alguien. Y las mismas objeciones cabe extender a la *obvagulatio* sobre la posibilidad de entenderla como una pretendida aplicación de la inviolabilidad del domicilio en la legislación decemviral sobre la base de que, según Festo, *portus* debe ser entendido como *domus*, siendo además incomprensible por qué el legislador habría renunciado a emplear el más específico y apropiado término “*domus*” en lugar de “*portus*” para describir los perfiles de la *obvagulatio*, si la consideraba una aplicación de la inviolabilidad de la casa. Por otro lado, si con el recurso a la *obvagulatio* se pretendía la denuncia pública de un comportamiento que convertía a su actor en objeto de la reprobación social, se observa que ninguna relación presenta el instituto con la inviolabilidad del domicilio puesto que la publicidad perseguida no se hubiera conseguido sacando a la fuerza de su casa al *testis desertor*, sino gritando a pleno pulmón a la puerta de la misma. Finalmente, ninguna relación encuentran estos autores entre la inviolabilidad del domicilio y la *in ius vocatio* dado que, si el *vocatus* se negaba a salir de su casa, el *vocans* podía extraerlo a la fuerza, no existiendo en este periodo, ningún límite espacial para el recurso a la *manus iniectio*, de modo que ninguna de las figuras permiten avalar una protección de la paz del hogar. Pero incluso si aceptamos la errónea opinión de que el testimonio de Gayo (D. 2,4,18) es remontable a esta época y, en consecuencia, que la *in ius vocatio* sólo era lícita siempre que no se actuase dentro de la *domus* del convenido, el distinto tratamiento jurídico entre la *obvagulatio* y la *in ius vocatio* impediría asimismo observar cualquier paralelismo sobre la base de la inviolabilidad del domicilio puesto que, en este caso, resultaría difícil explicar por qué mientras la *obvagulatio* constituía una sanción lícita, quedaba sin sanción el más grave comportamiento del *vocatus* que, permaneciendo confinado en su casa, se sustraía al proceso ya que se le podría aprehender o echar mano si salía pero no sacarlo por la fuerza.

¹²⁵ FEST. sv. *vagulatio* (L.514), *Vagulatio in XII significat quaestio cum convicio. Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito.*

¹²⁶ A esta idea se puede acceder siguiendo el texto de FESTO sv. *vagulatio* donde se habla de *quaestio*. Otros entienden *quaestio*, esto es lamento (RADIN, sv. *obvagulatio* en RE XVII, 2 col. 1750). Amplio tratamiento en ARIAS BONET, *Prueba testifical y obvagulatio en el antiguo derecho romano*, en Studi de Francisci, I Milano, 1956, pp. 293 ss y MAC CORMACK, *Witness in the Law of the Tw. Tab.*, en BIRD 76, 1973, pp. 234 ss.

¹²⁷ *Obvagulare* derivaría de *vagire* en el sentido de emanar gritos: RADIN, sv. *obvagulatio* col.1747; ARIAS BONET, *Prueba ...*, cit., pp. 294.

¹²⁸ Este es la opinión más largamente seguida, sobre todo a partir de la demostración de USENER, *Ital. Volksjust...*, cit., pp. 376 ss que concibe esta práctica como una forma de justicia popular. De acto que pone en ser la sanción de la inestabilidad habla MOMMSEN, *Strafr...*, cit., pp. 991.

Más allá, por tanto, de su controvertida interpretación en clave de inviolabilidad del domicilio, la *obvagulatio ob portum* nos documenta la importancia de la opinión pública, como instrumento de control de los deberes sociales del individuo, y deja entrever el uso de la pública denuncia de quien no respetaba las reglas de la sociedad, de la que descendía para el denunciado la *ignominia*¹²⁹ (*in* privado y *nomen*), esto es, la pérdida del buen nombre. El hecho, pues, de que las XII Tablas autorizasen expresamente esta práctica a favor de *qui testimonium defuerit*, no significa que fuese prohibida en todos los otros casos en los que un ciudadano hubiese venido a menos en sus propios deberes.

A la luz de estas consideraciones que subrayan la muy probable difusión de la proclamación pública de culpas que se expresaría con el término *obvagulare ob portum*, parece factible, en opinión de MANFREDINI, una interpretación de *occentare* en clave mágica y no difamatoria, entendido como el hecho que produce un encantamiento frente a la puerta de casa, con el objeto de violar a través de las fuerzas misteriosas de la magia aquel lugar -esto es, la puerta- que era intangible por las fuerzas humanas. La norma sobre el *occentare portum* se apoyaba en aquéllas que vetaban el encantamiento de las personas (o más en general de todos los seres animales) y de los frutos de la tierra y, al igual que éstas, también era gravemente sancionada¹³⁰.

Si la *occentatio* fuese entendida como una forma de justicia popular, realizada con gritos y palabras ultrajosas frente a la puerta

¹²⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Observaciones acerca de las nociones de ignominia e infamia en Derecho Romano*, Homenaje a Vallet de Goytisolo Vol. IV, Madrid 1998 pp. 313 ss. *ISID. etym.*, 5, 27, 4; así AUG. civ, 21, 11: *octo genera poenarum in legibus esse scribit Tullius: damnum, vincula, verbera, talionem, ignominiam, exilium, mortem, servitutem*.

¹³⁰ MANFREDINI, *La diffamazione...*, cit., p. 36. Cfr., no obstante, lo expuesto en las líneas precedentes sobre la discutida relación entre el *occentare* y la violación del domicilio, apoyada en la identificación que efectúa el autor entre *portum* y *domus*.

de alguno, no se explicaría la diferencia con la *obvagulatio*, aunque ésta consistiera –probablemente– en la simple emisión de una burla.

Esta interpretación se refuerza si se pone la atención en el hecho de que el significado mágico del término está documentado, sea en las fórmulas *obcantare* u *occinere*, -sin duda relacionadas con *occentare*-, durante toda la época romana posterior a las XII Tablas.

Las Sentencias de Paulo¹³¹, recogen -se cree fielmente- un fragmento de la *lex silana de sicariis et veneficis*, atestiguando la prohibición en ésta prescrita de *obcantare aliquem* donde el significado del término en el sentido de producir un encantamiento parece fuera de toda discusión¹³². Es importante advertir que, a través de este documento, tal significado viene testimoniado para una época, la de Sila, no sospechosa de particulares tendencias irracionales a las que eventualmente imputar la asignación de significados mágicos a términos que originariamente no presentarían este valor; por esto, en opinión de MANFREDINI el fragmento de las *Sententiae* es más importante que el testimonio de Apuleyo¹³³ donde se habla, también aquí en un indiscutible contexto mágico, de la *mulier obcantata*. Se debe destacar en ambos testimonios el hecho

¹³¹ PS 5, 23, 15: *Qui sacra impia nocturnave, ut quem obcantarent defigerent obligarent, fecerint faciendave curaverit...*, sobre el que versa amplia discusión en HUVELIN, *La notion...*, cit., p.41.

¹³² El significado mágico del término es comúnmente admitido también por los seguidores de la tendencia difamatoria, por todos BRECHT, sv. *occentatio*, col. 1756.

¹³³ APUL. Ap. 84. (1) *Ad litteras Pudentillae prouocastis: litteris uinco, quarum si uultis extremam quoque clausulam audire, non inuidebo. Dic tu, quibus uerbis epistulam finierit mulier obcantata, uecors, amens, amans*: (2) Ἐγὼ οὐτε μεμάγεμαι οὐ[τε]τ' ἐρῶ. τὴν εἰμαρμένην ἐκρ. *Etiamne amplius? Reclamat uobis Pudentilla et sanitatem suam a uestris calumniis quodam praeconio uindicat.* (3) *Nubendi autem seu rationem seu necessitatem fato adscribit, a quo multum magia remota est uel potius omnino sublata. Quae enim relinquitur uis cantaminibus et ueneficiis, si fatum rei cuiusque ueluti uiolentissimus torrens neque retineri potest neque impelli?* (4) *Igitur hac sententia sua Pudentilla non modo me magum, sed omnino esse magiam negauit.* (5) *Bene, quod integras epistolas matris Pontianus ex more adseruauit; bene, quod uos festinatio iudicii anteuertit, ne quid in istis litteris ex otio nouaretis.* (6) *Tuum hoc, Maxime, tuaeque prouidentiae beneficium est, quod a principio intellectas calumnias, ne corroborarentur tempore, praecipitasti et nulla[m] impertita mora subneruisti.* (7) *Finge nunc aliquid matrem filio secretis litteris de amore, uti adsolet, confessam. Hocine uerum fuit, Rufine, hoc non dico pium, sed saltem humanum, prouulgari eas litteras et potissimum fili praeconio puplicari?* (8) *Sed sum<ne> ego inscius, qui postulo ut alienum pudorem conserues qui tuum perdideris?*

de que *obcantare* tiene como complemento el objeto sobre el que se dirige el encantamiento.

Esto es motivo suficiente para rechazar, según MANFREDINI¹³⁴, la opinión, por alguno avanzada, de que en las XII Tablas *occentare* tuviese como objeto el *malum carmen*. El significado mágico del término se predica asimismo de la forma *occinere*¹³⁵, ampliamente usada para designar el canto del mal augurio de los animales y siempre con valor absoluto (la única excepción, según le consta a Manfredini, es la locución usada por Ammiano *occentans funebria*, referida al canto malaugurante del búho y comúnmente considerada un neologismo reforzado); De igual modo el sustantivo *occentus*¹³⁶ representa el canto malaugurante de los animales. Todavía un eco del significado mágico se aprecia en la tardía glosa donde *occentare* es definido como *male ominari*¹³⁷.

¹³⁴ MANFREDINI, *La diffamazione*..., cit., p.37.

¹³⁵ Cf. LIV, 6, 41, 8: *eludant nunc licet religiones: "quid enim est, si pulli non pascentur, si ex cauea tardius exierint, si occecinerit auis?" parua sunt haec; sed parua ista non contemnendo maiores uestri maximam hanc rem fecerunt*; 10, 40, 14; VAL. MAX, 1, 4, 2: el término es igualmente usado para designar el sonido de la tromba (AMM, 16, 12, 62: *Quibus ita fauore superni numinis terminatis post exactum iam diem occinente liticine reuocatus inuitissimus miles prope supercilia Rheni tendebat scutorumque ordine multiplicato uallatus uictu fruebatur et somno*.; 31, 15, 13: *sed bucinis optimatum monitu occinentibus instauratum est proelium, et pari modo res Romana superior stetit, nullo ferme alio telo uel funditoris amento in cassum excusso. agmina enim praeuuntium ductorum, quos rapiendi Valentis malis lucubrationibus quesiti cupiditas incendebat, secuti ceteri prae se ferebant aequiperasse discrimina potiorum: namque semineces aliqui aut magnis obtriti ponderibus uel confixi iaculis pectora uoluebantur, non nulli scalas uehendo ascensumque in muros ex latere omni parantes sub oneribus ipsis obruebantur, contrusis per pronum saxis et columnarum fragmentis et cylindris* y el canto de los pájaros APUL. Flo.13 ¹*Non enim mihi philosophia id genus orationem largita est, ut natura quibusdam auibus breuem et te<m>porarium cantum commodauit: hirundinibus matutinum, cicadis meridianum, noctuis serum, ululis uespertinum, bubonibus nocturnum, gallis antelucanum.* ²*Quippe haec animalia inter se uario tempore et uario modo occinunt et occipiunt carmine, scilicet galli expergifico, bubones gemulo, ululae querulo, noctuae intorto, cicadae obstreporo, hirundines perarguto.*

¹³⁶ VAL. MAX, 1, 1, 5: *At <Q.> Sulpicio inter sacrificandum e capite apex prolapsus idem sacerdotium abstulit, occensusque soricis auditus Fabio Maximo dictaturam, C. Flaminio magisterium equitum deponendi causam praebuit*.; PLIN. Nat. 8. 223: *cum candidi provenere, laetum faciunt ostentum. nam sauricum occentu dirimi auspicia annales refertos habemus. saurices et ipsos hieme condi auctor est Nigidius, sicut glires, quos censoriae leges princepsque M. Scaurus in consulatu non alio modo cenis ademere quam conchyliis aut ex alio orbe conuectas aves*.; AMM.16,8,2, *nam si quis super occentu soricis uel occursu mustelae uel similis signi gratia consulisset quemquam peritum, aut anile incantamentum ad leniendum adhibuisset dolorem quod medicinae quoque admittit auctoritas reus, unde non poterat opinari, delatus raptusque in iudicium poenaliter interibat.*

¹³⁷ GOEZE, *Corpus*, cit. IV, p. 131, 33; V, p. 471,22; p. 606, 36.

Pero la interpretación mágica del término *occentare* es duramente contrastada -como es bien conocido- por otros testimonios que documentan el término en conexión con otros que nada tienen que ver con la magia y que se refieren a la esfera de la difamación verbal.

En primer lugar se alega el conocido fragmento de Cicerón-Agustín¹³⁸ donde, con referencia a las XII Tablas, se configura el *occentare* como un hecho que puede generar *infamia* y *flagitium* frente a la víctima. Cicerón no da una definición de *occentare* pero el paralelismo que establece entre *occentare* y *carmen condere* no deja duda sobre el hecho de que él entiende *occentare* en el sentido de pronunciar cármes difamatorios (o más genéricamente palabras injuriosas).

En segundo lugar ya hemos visto que Festo¹³⁹ afirma que los antiguos entendían *occentare* como el antecedente remoto del *convicium facere* (figura esta última ciertamente extraña a la esfera de la magia y plenamente integrada en la esfera de la difamación).

¹³⁸ CIC. *De rep* 4,12; AUG, *civ*, 2, 9: *Quid hinc autem senserint Romani ueteres, Cicero testatur in libris, quos de republica scripsit, ubi Scipio disputans ait: numquam comoediae, nisi consuetudo uitae pateretur, probare sua theatri flagitia potuissent. et Graeci quidem antiquiores uitiosae suae opinionis quandam conuenientiam seruauerunt, apud quos fuit etiam lege concessum, ut quod uellet comoedia, de quo uellet, nominatim diceret. itaque, sicut in eisdem libris loquitur Africanus, quem illa non attigit, uel potius quem non uexauit? cui pepercit? esto, populares homines improbos, in republica seditiosos, Cleonem, Cleophontem, Hyperbolum laesit. patiamur, inquit, etsi eiusmodi ciues a censore melius est quam a poeta notari. sed Periclen, cum iam suae ciuitati maxima auctoritate plurimos annos domi et belli praeuisset, uiolari uersibus et eos agi in scaena non plus deuit, quam si Plautus, inquit, noster uoluisset aut Nauius Publio et Cn. Scipioni aut Caecilius Marco Catoni maledicere. dein paulo post: nostrae, inquit, contra duodecim tabulae cum perpaucae res capite sanxissent, in his hanc quoque sancientiam putauerunt, si quis occentauiisset siue carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumue alteri. praeclare. iudiciis enim magistratum, disceptationibus legitimis propositam uitam, non poetarum ingeniis habere debemus, nec probrum audire nisi ea lege, ut respondere liceat et iudicio defendere. haec ex Ciceronis quarto de republica libro ad uerbum excerpta arbitratus sum, nonnullis propter faciliorem intellectum uel praetermissis uel paululum commutatis. multum enim ad rem pertinet, quam molior explicare, si potero. dicit deinde alia et sic concludit hunc locum, ut ostendat ueteribus displicuisse Romanis uel laudari quemquam in scaena uiuum hominem uel uituperari. sed, ut dixi, hoc Graeci quamquam inuerecundius, tamen conuenientius licere uoluerunt, cum uiderent dis suis accepta et grata esse obprobria non tantum hominum, uerum et ipsorum deorum in scaenicis fabulis, siue a poetis essent illa conficta, siue flagitia eorum uera commemorantur et agerentur in theatri atque ab eorum cultoribus utinam solo risu, ac non etiam imitatione digna uiderentur. nimis enim superbum fuit famae parcere principum ciuitatis et ciuium, ubi suae famae parci numina noluerunt.*

¹³⁹ Festo sv. *occentassint* (L.190)

Por tanto que Festo concibe la *occentatio* como un hecho encuadrable más bien a la esfera de la difamación verbal (no necesariamente ilícita, como se verá) que en aquélla de la magia, está fuera de dudas, incluso en el mismo fragmento establece la relación entre *occentatio* y *cantilena*, cuya acepción más tardía es, sin objeciones, aquélla de canción satírica¹⁴⁰. En las glosas, por último, *occentare* es definido como *conviciosa carmina*, o *infame carmen dicere*¹⁴¹ o *contra cantare*¹⁴².

Sobre estos testimonios se sustenta, como se ha visto, la opinión según la cual las XII Tablas reprimirían la difamación verbal: desde esta perspectiva el precepto *si occentassit quod infamiam facere flagitiumve alteri* es comúnmente interpretado como referido al hecho de quien, frente a la puerta (y conforme al uso del término de *occentare* en Plauto), esto es, públicamente y con fuerte voz (Festo) canta o recita (o por añadidura escriba, según algunos autores¹⁴³) cármes difamatorios que producen infamia y escándalo para la víctima designada.

No obstante, se debe inmediatamente advertir que esta interpretación se apoya sobre testimonios de tipo glosográfico¹⁴⁴, que no documentan el significado vivo y corriente del término en la época decemviral sino que explican en palabras actuales una voz que, al

¹⁴⁰ HUVELIN, *La notion...*cit. p. 41

¹⁴¹ *Frag. Bob.* en KEIL, *Grammatici Latini*, VII, Leipzig, 1880, p. 544, 29: *occentassere, in alios conviciosa carmina dicere*; GOEZE, *Corpus* cit., V. p. 228, 31: *occentare id est infame carmen cum certo nomine dicere*; V, p.228, 29: *occentavisset concinnasset composuisset condidisset centonizasset*.

¹⁴² GOEZE, *Corpus* cit., IV, p.131,19;p. 264,17;p. 543.48;p.228, 30; p. 471,20;p.508,22;p.636,15.

¹⁴³ BRECHT, sv. *occentatio*, cit., col., 1759.

¹⁴⁴ Esto es, sin duda, cierto en el caso de Festo y las glosas tardolatinas; por cuanto respecta al texto de Cicerón referido por Agustín, según Manfredini, se debe excluir que su testimonio sea una correcta cita de una norma de las XII Tablas; a esta convicción más que por medios de argumentos formales, cree que se puede llegar a través de la investigación histórica en torno a la noción y a la represión del *malum carmen conditum*, que conduce a época posterior a las XII Tablas. Ésta, al parecer de este autor, demuestra que la cita ciceroniana es traída desde el ámbito de la glosografía tardía, probablemente de matriz jurídica, desarrollada en torno a las XII Tablas, dirigida a actualizar un crimen por un tiempo caído en desuso y con éste la norma que lo sancionaba.

menos en la antigua forma *occentare* ya había desaparecido en ese tiempo.

De aquí la importancia de los testimonios plautinos que son los únicos que documentan el término *occentare* en el uso corriente y es, por tanto, la interpretación de ese uso lo que según MANFREDINI constituye el verdadero nudo del problema.

Los fragmentos en los que el término *occentare* es con seguridad usado por Plauto son tres.

El primero de los textos pertenece a la comedia *Curculio* (gorgojo) *Curc.*145. En la escena con la que se abre el primer acto el Joven Phaedromus, de noche, acompañado de su esclavo Palinurus y por un séquito de esclavos que llevan vino, va frente a una casa situada en los alrededores del templo de Esculapio donde vive un rufián que tiene una bella cortesana de nombre Planesium, de la que el joven está enamorado y que intenta ver furtivamente en espera de poderla adquirir. El vino está destinado a ablandar a la guarda de la casa, la vieja Leaena. El joven se derrite de amor. En la escena segunda, la vieja sale de casa, bebe abundantemente, es informada de los deseos de Phaedromus y vuelve a entrar. En la espera, el joven desfallecido de amor pide a su esclavo:

*Quid si adeam ad fores atque occentem?*¹⁴⁵

(¿y si me acercara a la puerta y le cantara una serenata?

El esclavo responde que si le apetece no dice ni que sí ni que no porque ve que tiene muy cambiadas las costumbres y el carácter¹⁴⁶.

¹⁴⁵ PLAUT., *Curc.*, 145

¹⁴⁶ PLAUT., *Curc.*, 145: *Si lubet, neque veto neque iubeo, quando ego te video immutatis moribus esse, ere, atque ingenio.*

Es entonces cuando Phaedromus, acercándose a la puerta, pronuncia unos versos de invocación dirigidos a los cerrojos de la puerta:

*Pessuli, heus pessuli, vos saluto lubens,
vos amo, vos volo, vos peto atque obsecro,
gerite amanti mihi morem, amoenissumi,
fite causa mea ludii barbari,
sussilite, obsecro, et mittite istanc foras,
quae mihi misero amanti ebibit sanguinem.
hoc vide ut dormiunt pessuli pessumi
nec mea gratia commovent se ocius!.
re spicio, nihili meam vos gratiam facere.*

*(¡Cerrojos! ¡Oh cerrojos
con qué placer os saludo!
Os amo, os quiero, os pido y os suplico
Sed complacientes con este enamorado
cerrojos de mi corazón.
Transformaos por mí en bailarines bárbaros
saltad, os lo suplico, y dejad salir
a la que bebe toda la sangre de
este amante desgraciado.
¡Pero mira cómo duermen esos malditos cerrojos
sin ampararse lo más mínimo por complacerme.
Ya veo que nada os importa hacerme este favor...)*

Apenas pronunciado el *carmen* el joven exclama que los cerrojos cedan a su plegaria. Comienza a continuación la escena tercera con la apertura de la puerta y la salida de la vieja custodia y de Planesium¹⁴⁷.

¹⁴⁷PLAUT., *Curc.* 157, *Sentio sonitum. tandem edepol mihi morigeri pessuli fiunt.*

De los tres testimonios de Plauto, éste es seguramente el más importante porque describe en qué consiste el *occentare ad fores* de Phaedomus, esto es, en la entonación de un *carmen*. Pero, ¿se trata de un *carmen* mágico o de una serenata de amor?¹⁴⁸

Por parte de los autores que mantienen la tendencia difamatoria se reclama insistentemente a este propósito las opiniones expresadas por HENDRICKSON sobre el uso de la locución *occentare ostium* realizado por Plauto. Para este autor, la locución plautina *occentare ostium* se refiere al κωμᾶζειν ἐπὶ θυραῖς del que *occentare ostium* sería una traducción literal. Los términos griegos describen el hecho de trasladarse de noche para hacer una serenata de amor frente a la puerta de la amada. En su mayor parte se trataba de grupos de amantes que se apostaban delante de la casa de una prostituta y si eran rechazados, por borrachos y violentos como solían estar, entonaban cantos difamatorios acompañados de actos violentos, como prender o abatir la puerta. Por esta circunstancia el término κωμᾶζειν habría asumido el significado más amplio de ὑβριζειν (injuriar). Plauto, usando el término *occentare* para describir tales hechos, demostraría la acepción difamatoria proyectada por Cicerón y Festo.

Sin embargo, aunque MANFREDINI no discute el hecho de que Plauto –en el modelo griego del *Curculio* como el de otras comedias– se haya encontrado frente a un caso de serenata “comástica”, lo que

¹⁴⁸ En general se puede observar que los fragmentos de Plauto relativos a la *occentatio* han sido interpretados en tres direcciones: a) en clave mágica, si bien con distintas matizaciones (MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte*, cit., p. 16 la magia de la *occentatio* tiene un fin cómico; HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 43 ss quien interpreta que se trataría de un inconsciente uso mágico del término que a los tiempos de Plauto había perdido tal connotación; 2) como un ejemplo de supervivencia de una forma de justicia popular (USENER, *Ital. Volksjustiz*, cit., pp. 359 ss); 3) con el significado de serenata “comástica”. El término *Kòmos* (en griego κῶμος) indica en la antigua Grecia un cortejo ritual, a pie o sobre carros, durante el cual los participantes se abandonan a una atmósfera de ebriedad, a expresiones desenfrenadas, subrayadas por cantos, acompañados por la música de la lira y de la cetra y compuestos para las desinhibidas y jocosas manifestaciones de obscenidad y alusiones a un trasfondo sexual. HENDRICKSON, *Occentare*, cit., pp. 82 ss.

importa es la connotación plautina del hecho, esto es, cómo el dramaturgo latino lo entiende y lo ambienta. Y a este propósito dicho autor cree –en nuestra opinión acertadamente– que la interpretación mágica debe prevalecer. El *carmen* de Phaedromus no está dirigido a la amada sino a los *pessuli* de la puerta para que se abran. Durante toda la representación la puerta desarrolla un papel fundamental. Es personificada hasta tal punto que, en la primera escena, Phaedromus la saluda y le pregunta cómo está¹⁴⁹ y la define *bellissima* e *taciturnissima* porque calla cuando su amante de noche sale para encontrarse con él¹⁵⁰. Puede darse como se ha dicho que el original griego previese un caso de serenata “comastica” de amor¹⁵¹, pero en la transposición plautina nos encontramos frente a un encantamiento a la puerta a través del recitar de un *carmen*; incluso algunos términos usados en el *carmen* son propios de las fórmulas devotorias de naturaleza mágica¹⁵². Asimismo, el hecho de que nos encontramos frente a una libre adaptación de Plauto, a una reinención del original y no a una total conformidad a éste, se prueba por el carácter “autóctono” del *carmen* a los *pessuli*, ciertamente ausentes en el modelo griego.

Parece además oportuno llamar la atención sobre la perplejidad de Phaedromus que antes de realizar la *occentatio* pide consejo al esclavo, y preguntarse si tal perplejidad es una alteración de orden - mágico y jurídico- desde el momento que él (obviamente por él Plauto) sabe que es un delito grave, o una incertidumbre de orden racional debido al hecho de que normalmente no se cree ya en la eficacia de semejantes encantamientos. MANFREDINI tiende a esta segunda interpretación por la posición estética del siervo, su observación sobre los cambios sufridos en las costumbres y en el

¹⁴⁹ PLAUT. *Curc.* 15: *Huic proximum illud ostiumst oculissimum. salve, valuistin?*

¹⁵⁰ PLAUT. *Curc.* 20: *Bellissimum hercle vidi et taciturnissimum, numquam ullum verbum muttit: cum aperitur tacet, cum illa noctu clanculum ad me exit, tacet.*

¹⁵¹ A Manfredini le parece bastante probable.

¹⁵² HUVELIN, *La notion*, cit. p. 47.

ingenium del amo por efecto del amor, que denotan una expresión de indulgencia por el estado mental del amo que recurre a tal estúpidos recursos como el encantamiento de la puerta y, al mismo tiempo, son prueba del hecho de que en la época plautina tal práctica mágica había perdido, en la concepción de la mayoría, su potente fuerza. Sólo los amantes, entregados irracionalmente por la pasión, atribuían a ésta todavía eficacia. Sin embargo en condiciones mentales normales tales prácticas no eran sino irrisorias.

En segundo lugar hay que mencionar el texto de la comedia titulada *El Persa* (*Persa*) 569. En esta obra tenemos a Toxilus que busca vender una bella cortesana al rufián Dordalus; él intenta ablandarlo diciéndole que si la compra acudirán a su lado las personas más ricas e importantes, que podrá despojar a todos de sus fincas y de sus esclavos, todos desearán su amistad y todos vendrán de fiesta a su casa¹⁵³; a lo que Dordalus responde que les prohibirá el acceso y Toxilus le contesta:

*At enim illi noctu occentabunt ostium, exurent fores:
proin tu tibi iubeas concludi aedis foribus ferreis,
ferreas aedis commutes, limina indas ferrea,
ferream seram atque anellum; ne sis ferro parseris:
ferreas tute tibi impingi iubeas crassas compedis.
(Pero ellos vendrán de noche a darte una serenata a la
puerta de tu casa y te quemarán la puerta.
Así que harías bien en poner puerta de hierro,
ponerle jambas de hierro, una tranca de hierro
y una anilla de hierro.
No escatimes, por favor, en hierro.
A ti mismo haz que te pongan gruesos grilletes de hierro)*

¹⁵³ PLAUT, *Pers.* 566: *Si hanc emeris+./di immortales, nullus leno te alter erit opulentior./evortes tuo arbitrato homines fundis, familiis;/cum optimis viris rem habebis, gratiam cupient tuam:/venient ad te comissatum*

También en este caso puede darse que el modelo de Plauto prefigurase un κωμαζειν en aquella connotación más amplia que describiera la brigada de amantes ebrios que se acercaban a la puerta de una prostituta y si eran rechazados se abandonaban a los cantos malvados y a los actos de violencia contra la puerta¹⁵⁴. Pero sostener que en este fragmento, como en el próximo, *occentare* es la traducción de κωμαζειν en el significado más evolucionado de υβριζειν (*pergreacari, congraecare*) es en opinión de MANFREDINI infundado. Plauto, para describir el hecho de la banda de amantes que se lanzará sobre la casa de Dordalus usa el término *comissari* cuya derivación del griego κωμαζειν es bastante probable¹⁵⁵, y no *occentare*. El *occentare ostium* y el *exurere fores* -dos hechos que se pueden verificar cuando tiene lugar una *comissatio*- son mencionados de manera distinta, signo que el término *occentare* no tenía para Plauto aquel significado lato que la opinión que se critica le atribuye; al contrario, que individualiza una práctica específica en conexión con la necesidad de abrir la puerta resulta transparente en el caso plautino; los amantes cuando llegan a la casa de Dordalus encontrarán la puerta cerrada y la sugerencia todo cómica que da Toxilus es aquélla de hacer una puerta de hierro, de cambiar su casa por otra de hierro, ponerle jambas de hierro, una tranca de hierro y una anilla de hierro, para hacer que la puerta resista al fuego pero también al encantamiento de una *occentatio*.

Por último en la comedia de “El Mercader” (*Mercator*) 408, Demipho discute con su hijo Charinus por una esclava bellísima de Rodas, que este último ha regalado a su madre con el pretexto de tenerla cerca; el padre, también él enamorado secretamente de ésta, intenta disuadir al hijo de tenerla en casa ya que –según él- no

¹⁵⁴ HENDRICKSON, *occentare*, cit., pp. 82 ss

¹⁵⁵ VARRÓN, l.l. 7.89: *Apud Ennium: Si voles advortere animum, comiter monstrabitur. Comiter hilare ac lubenter, cuius origo Graeca komos, inde comissatio Latine dicta et in Graecia, ut quidam scribunt, komoidia*; ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*, sv. *Comissor*.

conviene por su hermosura como acompañante de la madre observando:

*...Quia illa forma matrem familias
flagitium sit si sequatur; quando incedat per vias,
contemplant, conspiciant omnes, nutent, nictent, sibilent,
vellicent, vocent, molesti sint; occentent ostium:
impleantur elegeorum meae fores carbonibus.
atque, ut nunc sunt maledicentes homines, uxori meae
mihique obiectent lenocinium facere. nam quid eost opus?
(...Porque sería un escándalo que una joven de aspecto tan
llamativo acompañase a una madre de familia por las calles.
La observarían todos, la mirarían, le harían señas con la
cabeza, le guiñarían los ojos, le silbarían, la pellizcarían, la
llamarían, nos molestarían, darían serenatas a la puerta;
llenarían las hojas de mi puerta de versos, escritos con
carbones. Y, con lo afilada que tiene la lengua hoy en día la
gente, a mi esposa y a mí nos acusarían de practicar el oficio
de lenones ¿y qué necesidad hay de ello?)*

En este fragmento son descritos muchos comportamientos que los amantes pueden asumir frente a la bella esclava, de los cuales en conjunto se puede derivar el escándalo para los dueños de la casa y la sospecha de que éstos sean lenones: por los silbidos, los guiños, las llamadas por la calle, las elegías escritas con carbones sobre la puerta, la *occentare ostium*. También en este caso la locución expresa un comportamiento específico conexo a una *comissatio* amorosa, pero concretamente no expresa este fenómeno.

Por todo lo expuesto y en conclusión, no parece fundado sostener que Plauto usa la locución *occentare ostium* como traducción literal de *κωμᾶζειν ἐπὶ θυραῖς* ni en el sentido de hacer una serenata de

amor, ni en el sentido de cantar, hacer ruido o provocar escándalo que se pretenden encontrar en los dos últimos fragmentos citados¹⁵⁶. Más aun, a MANFREDINI¹⁵⁷ le parece que las citas de Plauto, además de acreditar el significado mágico de *occentare*, arrojan luz sobre las misteriosas alteraciones de este término en época posterior y sobre las interpretaciones que han sido dadas en clave difamatoria.

En primer lugar destaca la circunstancia de que sobre las tres citas dos unen la *occentatio ostium* a manifestaciones de colectiva goliarda amorosa frente a la puerta de una cortesana: esto quiere decir que en época plautina la práctica del encantamiento de la puerta encontraba todavía aplicación sólo en este restringido ámbito.

Además estas manifestaciones amorosas tal y como están expresadas en las comedias parecen ser consideradas como perfectamente lícitas por Plauto. El *flagitium* o escándalo que podía derivar todavía no debía haber provocado la reacción social. Asimismo los *nocturna convicia* eran con toda probabilidad, excluidos de la noción de *convicium adversus bonos mores* incluso en época avanzada y, siempre en épocas posteriores, es continuamente documentado el fenómeno de la *comissatio* erótica, de las serenatas nocturnas de amantes ebrios frente a la puerta de la amada¹⁵⁸,

¹⁵⁶ HENDRICKSON, *occentare*, cit., p. 85 s; el autor identifica este significado intransitivo de *occentare* de Plauto con aquel proyectado por Cicerón y por Festo.

¹⁵⁷ MANFREDINI, *La diffamazione...*, cit., p. 45.

¹⁵⁸ PROP. 2, 29 A,1: *Hesterna, mea lux, cum potus nocte vagarer,*

*nec me servorum duceret ulla manus,
obvia nescio quot pueri mihi turba minuta
venerat (hos vetuit me numerare timor);
quorum alii faculas, alii retinere sagittas,
pars etiam visa est vincla parare mihi.
sed nudi fuerant. quorum lascivior unus,
'Arripite hunc,' inquit, 'iam bene nostis eum
hic erat, hunc mulier nobis irata locavit.'
dixit, et in collo iam mihi nodus erat.*

...
*hic alter iubet in medium propellere, at alter,
'Intereat, qui nos non putat esse deos!
haec te non meritum totas exspectat in horas:
at tu nescio quas quaeris, inepte, fores.*

incluso de contenido no propiamente inocente¹⁵⁹. Varrón¹⁶⁰ al explicar la palabra *comiter* derivada, como *comissatio*, de *κῶμος*, usa los términos *hilare ac lubenter* (jovial y de buen grado), documentándose así la concepción positiva que se tenía del fenómeno con tal terminología.

Sin embargo lo que nos importa subrayar llegados a este punto es el hecho de que cuando las fuentes post-plautinas describen estos fenómenos, no hacen más referencia a la *occentatio ostium* sino cuando éstas nos dan noticias sobre el comportamiento de amantes rechazados¹⁶¹ o cuando expresamente documentan un encantamiento a la puerta realizado recitando un *carmen*¹⁶².

*quae cum Sidoniae nocturna ligamina mitrae
solverit atque oculos moverit illa gravis,
afflabunt tibi non Arabum de gramine odores,
sed quos ipse suis fecit Amor manibus.
parcite iam, fratres, iam certos spondet amores;
et iam ad mandatam venimus ecce domum.'*
atque ita me iniecto dixerunt rursus amictu:

'I nunc et noctes disce manere domi.'
OV. *Fast*, 5, 339: *ebrius ad durum formosae limen amicae/ cantat, habent unctae mollia sarta comae;*
PERS, 5, 165 ss: *'an siccis dedecus obstem/ cognatis? an rem patriam rumore sinistro/ limen ad
obscenum frangam, dum Chrysidis udas/ ebrius ante fores extincta cum face canto?'*

¹⁵⁹ PROP. 1, 16, 1-10: *Quae fueram magnis olim patefacta triumphis,
ianua Patriciae vota Pudicitiae,
cuius inaurati celebrarunt limina currus,
captorum lacrimis umida supplicibus,
nunc ego, nocturnis pоторum saucia rixis,
pulsata indignis saepe queror manibus,
et mihi non desunt turpes pendere corollae
semper et exclusi signa iacere faces.
nec possum infamis dominae defendere voces,
nobilis obscenis tradita carminibus;
nec tamen illa suae revocatur parcere famae,
turpior et saeculi vivere luxuria.*

¹⁶⁰ VARRO, *l.l.* 7, 89

¹⁶¹ Por ejemplo PROP. 1, 16

¹⁶² PROP. 1, 16; TIB. 1, 27 ss: *Nam posita est nostrae custodia saeua puellae,
Clauditur et dura ianua firma sera.
Ianua difficilis domini, te uerberet imber,
Te Iouis imperio fulmina missa petant.
Ianua, iam pateas uni mihi, uicta querelis;
1, 5, 67: *Pauper ad occultos furtim deducet amicos
Vinclaque de niueo detrahet ipse pede.
Heu canimus frustra, nec uerbis uicta patescit
Ianua, sed plena est percutienda manu.
At tu, qui potior nunc es, mea fata timeto.**

Es entonces cuando surge la pregunta de porqué el término *occentare* desaparece del léxico de los romanos para sobrevivir sólo en las anotaciones antiguas de los eruditos, y porqué se pierde toda huella del ilícito decenviral que tenía este nombre. A esta última pregunta se suele responder en el sentido de que tal ilícito fue despenalizado por el pretor y desrubricado con el nombre de *convicium*¹⁶³. No obstante, convenimos con MANFREDINI en que esta respuesta no es una explicación convincente. Si en el momento de la intervención pretoria este ilícito hubiera estado todavía vigente y actual, no está justificada la razón por la que el pretor no hubiera debido mantener la locución *occentare* aunque, dado el caso, hubiese intentado degradarlo de *crimen* a *delictum*.

Para esta pregunta sólo cabe una respuesta y es que la *occentatio* desaparece porque en época antigua ha designado un específico acto de magia que la evolución de la costumbre ha dejado fuera de uso con la decadencia de la fe en sus portentosos efectos. Por tanto, no es el pretor sino los cambios de concepción de la realidad los que han despenalizado lentamente y excluido la *occentatio* de la categoría de los ilícitos jurídicos. Ejemplo de un

2, 6, 11: *magna loquor, sed magnifice mihi magna locuto
excutiunt clausae fortia uerba fores.
iuravi quotiens rediturum ad limina numquam!
cum bene iuravi, pes tamen ipse redit.;
OV, am, 2, 1, 17-28: Clausit amica fores! ego cum Iove fulmen omisi;
excidit ingenio Iuppiter ipse meo.
Iuppiter, ignoscas! nil me tua tela iuvabant;
clausa tuo maius ianua fulmen habet.
blanditias elegosque levis, mea tela, resumpsi;
mollierunt duras lenia verba fores.
carmina sanguineae deducunt cornua lunae,
et revocant niveos solis euntis equos;
carmine dissiliunt abruptis faucibus angues,
inque suos fontes versa recurrit aqua.
carminibus cessare fores, insertaque posti,
quamvis robur erat, carmine victa sera est.*

¹⁶³ Esta es la respuesta que suelen dar los seguidores de la tendencia difamatoria: MOMMSEN, *Strafr.*, cit., pp. 795 ss; FRAENKEL, *rec.*, pp. 193 ss quien habla de una modernización por parte del pretor; MOMIGLIANO, *rec.*, pp. 122; BRECHT, sv. *Occentatio*, col. 1762 quien postula la vitalidad del *occentare* al menos hasta la época de Nevio y una posible aplicación incluso después de la emanación del edicto de *convicio* (col.1762)

instituto previsto por las XII Tablas que con su caída en desuso ha quedado en el olvido, incluyendo las palabras usadas para describirlo, es la *obvagulatio*¹⁶⁴.

Las últimas noticias de la antigua *occentatio*, en los últimos testimonios conocidos (esto es Plauto y los escritores coetáneos), en persistente conexión con el fenómeno de las nocturnas manifestaciones de los amantes delante de la puerta de la amada, nos parece que explican adecuadamente el significado que le es atribuido en las más tardías anotaciones glosográficas; éste se remonta a la época en la que, desde hace tiempo, el término *occentare* había salido del lenguaje común (en su lugar se tiene las formas *obcantare* y *occinere*). Su significado de este modo sólo se podía buscar tras las huellas de los más antiguos testimonios literarios y debía necesariamente referirse a Plauto o a documentaciones coetáneas –en las cuales la *occentatio* se confundía con la serenata erótica hecha públicamente, con frecuencia por muchas personas, frente a la puerta de la amante-. Es por ello, en cierto modo natural que se haya interpretado el término dentro de la esfera difamatoria (conforme al texto de Cicerón), como una *canor turpis* cantada con voz fuerte y estentórea por varias personas (tal y como revela el testimonio de Festo).

¹⁶⁴ La opinión de MANFREDINI, *La diffamazione...*, cit., p. 47, se diferencia sensiblemente de aquélla de HUVELIN, *La notion...*, cit., pp. 44, 61, sobre la *occentatio* en Plauto y las alteraciones posteriores. Al respecto este autor habla de un inconsciente uso del término en clave mágica (a propósito del *carmen* de Phaedromus) ya que en los tiempos del poeta el término *occentare* significaba tumultos injuriosos (así se puede apreciar en los fragmentos del Persa y del Mercader) y del natural confluir de la *occentatio*, desde el momento en el que su significado no fue nunca comprendido en la noción jurídica de *convicium*. Manfredini, sin embargo, entiende que en Plauto la *occentatio* designa todavía un acto mágico pero considerado lícito porque siempre se creía en su fuerza encantadora. Faltando su naturaleza de acto gravemente ilícito, se dispersa con ésta la locución técnico-jurídica que lo describía como tal (*occentare portum* u *ostium*), incluso si se mantiene, aunque sea en el ámbito restringido del encantamiento del amante a la puerta de la amada, el uso de tal práctica. Desde el punto de vista jurídico entre *occentare* y *convicium facere* no existe relación alguna. La *occentatio* desaparece del conjunto de ilícitos jurídicamente relevantes; ésta sobrevive sólo en las tardías glosas, explicativas de su más remoto significado conocido, esto es, aquel plautino; el paralelismo trazado en la glosa de Festo entre *occentare* y *convicium facere* no se refiere a la noción jurídica de estas figuras.

En el desarrollo de esta interpretación MANFREDINI, por tanto, se adhiere a la idea de que Cicerón (o su fuente San Agustín) haya entendido mal la concepción de la *occentatio* en las XII Tablas como perteneciente a la esfera de la difamación, y asigna un modesto valor documental al texto de Festo y escaso peso al paralelismo por él establecido entre *occentare* y *convicium facere*.

3. INIURIA NOCIÓN DECEMVIRAL.-

Finalmente habría que plantearse la posibilidad de que los escritos difamatorios estuviesen contemplados en la noción de *iniuria* en las XII Tablas. Para ello hay partir del análisis del régimen jurídico de la *iniuria* decemviral que es referido por los siguientes textos:

Gayo en sus *Institutiones*, 3, 223, describe de esta manera la pena sancionada por las XII Tablas para las *iniuriae*: "*poena autem iniuriarum ex lege XII Tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat, si libero os fractum esset; at si servo, CL; propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta...*"

(Por la ley de las XII Tablas la pena del delito de injurias era, en caso de ruptura de un miembro, la del talión; en caso de fractura o magullamiento, la pena de trescientos ases, siempre que se tratara de persona libre; si era esclavo, de ciento cincuenta ases; para las otras clases de injurias se estableció una pena de veinticinco ases)

Las *Pauli Sententiae*, 5, 4, 6, sobre el origen de la *actio iniuriarum* afirman: *Iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est. Lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis.*

(La acción de injurias fue introducida o por ley, o por costumbre o por derecho mixto. Por la ley de las XII Tablas para los carmenes difamatorios, para la ruptura de un miembro y para la fractura de huesos)

En otro fragmento atribuido a Paulo recogido en la *Collatio*, 2, 5, 4-5, se explica de este modo la naturaleza *legitima* de la *actio iniuriarum*: *legitima ex lege duodecim tabularum*: "qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito". Quae lex generalis fuit; fuerunt et speciales, velut illa: "si os fregit libero, CCC si servo, CL poenam subito 'sestertiorum'".

(La acción de injurias: legítima por la ley de las XII Tablas "quien causó injuria a otro, sufra la pena de 25 ases" estableció como ley general; y fueron especiales aquéllas que "si rompió un hueso a un hombre libre, sufra pena de trescientos ases, si se trata de un esclavo ciento cincuenta")

Las Instituciones de Justiniano, 4, 4, 7, por último, acortan el testimonio dado por Gayo afirmando que *Poenam autem iniuriarum ex lege duodecim tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum nummariae poenae erant constitutae quasi in magna veterum paupertate*.

(Mas la pena de las injurias según la ley de las Doce Tablas era la del talión por un miembro roto, pero por un hueso fracturado, se habían establecido penas en metálico, proporcionadas con la gran pobreza de los antiguos)

A esta pobre tradición jurídica relativa a la *iniuria* en las XII Tablas se añade una antigua tradición literaria representada por un

largo texto de GELIO quien en sus Noches Áticas, 20,1¹⁶⁵, recoge una *disceptatio* entre el filósofo Favorino de Arles y el jurista Sexto Cecilio Africano centrada sobre la inadecuación o excesiva severidad de las normas de las XII Tablas. Aquí merecen ser traídas las palabras de Favorino: *Si iniuria (m) alteri faxit, viginti quinque aeris poenae sunt. Quis enim erit tam inops, quem ab iniurias faciendae libidine viginti quinque asses deterreant? Itaque cum eam legem Labeo quoque vester libris, quos ad duodecim tabulas conscripsit, non probaret: "****" inquit "L. Veratius fuit egregie homo improbus atque inmani vecordia. Is pro delectamento abebat os hominis liberi manus suae palma verbare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses iubebat"*¹⁶⁶.

("Si alguno, dice la ley, infiere injuria a otro, pagará multa de veinticinco ases" ahora bien, ¿cuál será el indigente que por veinticinco ases se privará del placer de injuriar? Así es que Q. Labeón, vuestro Labeón mismo, no aprobara esta ley; y con este motivo refiere en su obra sobre las Leyes de las Doce Tablas la singular costumbre de un tal Lucio Veracio, hombre desalmado y extraordinariamente malévolo. Su mayor placer consistía en aplicar la palma de la mano a la mejilla de un hombre libre. Seguía le un esclavo con una bolsa de ases en la mano; y en cuanto el amo aplicaba una bofetada, el esclavo, según lo dispuesto por la ley, entregaba veinticinco ases)

¹⁶⁵ Tradición antigua en un cierto sentido soldada a aquella jurídica a través de la cita hecha por Favorino de los *libri XII tabularum* de Labeón de los cuales parecerían derivar las informaciones del filósofo. Sobre el importante fragmento de Gelio se ha escrito mucho, entre otros, NOERR, *Rechtskritik in der roemischen Antike*, München 1974, pp. 66 ss. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel II secolo d.C., il senso del passato*, en ANRW II, pp. 15 ss, Berlín-New York 1976, pp. 141 ss. CRIFÓ, *La legge XII tavole. Osservazioni e problemi*, en ANRW, I, 2 Berlín-New York 1972, pp. 115 ss. MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano 1977, pp. 78 ss. Id. *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis*, en *Illicito e pena privata in età repubblicana* (Atti convegno Copanello 1990) Napoli 1992 pp. 69 ss. DILIBERTO, *Il commento di Gaio alle XII tavole*, en Index 12 (1990) pp. 411 ss. Id. *La pena tra filosofia e diritto in Aulo Gellio*, en *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano* (Atti Deuxième Colloque de Philosophie et Historie) Cagliari 1989.

¹⁶⁶ GELL.20, 1, 12-13; GELL.20, 1,14: *Nonnulla autem in istis legibus ne consistere quidem, sicut dixi, visa sunt velut illa lex talionis cuius verba, nisi memoria me fallit, haec sunt: si membrum rupit, ni cum e pacto, talio esto.*

A las que replica Africano: *Iniurias factas quinque et viginti assibus sanxerunt. Non omnino omnes, mi Favorine, iniurias aere isto pauco diluerunt, tametsi haec ipsa paucitas assium grave pondus aeris fuit; nam librariis assibus in ea tempestate populus usus est. Sed iniurias atrociores, ut de osse fracto, non liberis modo, verum etiam servis factas, in pensiore damno vindicaverunt, quibusdam autem iniuriis talionem quoque adposuerunt*¹⁶⁷.

(la injuria se castigó con multa de veinticinco ases; pero no se pagaban tan baratas, querido Favorito, todas las injurias. Sin embargo este corto número de ases formaban peso considerable, porque el as valía entonces una libra. Sea de esto lo que quiera, las injurias graves inferidas, no solamente a hombres libres, sino hasta los esclavos, un hueso roto, por ejemplo, se castigaban con más severidad. Para ciertas injurias existía la pena de talión)

Con estas noticias, pues, se componen dos normas de las XII Tablas, que son tomadas en su tenor originario: una relativa al *membrum ruptum* y referida por Festo (sv. *talionis*)¹⁶⁸ y Gelio (20,1,14) "*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*" (*Si arrancó un miembro a alguien y no pactó con él, aplíquese el talión*); la otra referida a la llamada *iniuria simple* y conocida también a través del texto de Gelio (20,1,14) "*Si iniuria(m) alteri faxsit viginti quinque poenae sunt*"¹⁶⁹ (*Si causó lesión menos grave sea la pena de veinticinco ases*).

En apariencia estas citas textuales se armonizan con la reconstrucción histórica presentada por Gayo y Paulo, de donde la

¹⁶⁷ GELL.20, 1, 31-32.

¹⁶⁸ Se debe añadir respecto al *membrum ruptum* un texto de Festo. 496: *Talionis mentionem fieri in XII ait Verrius hoc modo: "si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto". Neque id quid significet, indicat, puto quia notum est: permittit enim parem vindictam.*

¹⁶⁹ En los manuscritos aparece el término *iniuria* en ablativo en vez de su forma en acusativo *iniuriam*. Sobre la reconstrucción de los preceptos decemvirales se hablará más adelante.

doctrina ha podido considerar casi pacíficamente que en el sistema de las XII Tablas fueron previstas dos figuras de *iniuria* cualificada, el *membrum ruptum* y el *os fractum*¹⁷⁰, penada la primera con el talión, la segunda con una pena pecuniaria fija, y, una *iniuria* no cualificada y no determinada legislativamente en sus extremos, para la que se establecía la pena de 25 ases. Si bien las opiniones son muy diversas, tanto sobre la precisa naturaleza de la *iniuria* no cualificada como sobre los tipos y caracteres de las *iniuriae* cualificadas¹⁷¹, el panorama de la legislación decemviral en el tema de *iniuria* conserva, a los ojos de la mayor parte de los estudiosos, esta fisonomía tan bien definida.

De las fuentes clásicas resulta con certeza –según la opinión mayoritaria– que el más antiguo significado de *iniuria* con valor de delito privado fue el de *iniuria in corpus*. Y parece cierto que los clásicos consideraban –al igual que la doctrina romanista– que la ley de las XII Tablas contenía tres¹⁷² específicos preceptos referidos a aquélla que éstos llamaban *iniuria in corpus*: una norma relativa al ***membrum ruptum***¹⁷³; una norma relativa al ***os fractum***¹⁷⁴ y la que aquí nos interesa particularmente, una norma relativa a los golpes sin lesiones o minusvalías, esto es, aquello que Gayo llama ***ceterae iniuriae*** (distinguiéndolas del *membrum ruptum* y del *os fractum*), norma que en el texto atribuido a Paulo se designa como *lex*

¹⁷⁰ El *carmen famosum* podría constituir la tercera especie de *iniuria* cualificada, según el tenor de *Paul.Sent.* 5, 4, 6 y las alusiones más o menos explícitas de los textos literarios. Sin embargo la doctrina tiende siempre a asignar a tal figura delictuosa otra categoría, conforme a su estructura original.

¹⁷¹ Así, por ejemplo, BINDING ampliaría las *iniuriae* cualificadas ya que considera que faltaría una norma que se refiriese a la herida debida a un arma como la más común lesión personal, hipótesis poco verosímil (cfr. APPLETON *Notre enseignement de droit romain* Mel. Cornil, Grand-Paris 1925 pp. 55 ss). Sin embargo, MASCHKE *Die Persönlichkeitsrechte des röm. Inuriensystems* en *Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts* 10. Heft, Breslau 1903, tiende a retringir, al menos por un lado, el número de las *iniuriae* cualificadas, en cuanto quiere asimilar el *membrum ruptum* a una lesión física cualquiera.

¹⁷² No es dada por la doctrina particular importancia al fragmento de las *Pauli Sententiae* 5, 4, 6: *Iniuriarum actio...introducitur est lege XII tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis*.

¹⁷³ XII Tab.8.2 (FEST. s.v *talionis*. GELIO.20, 1, 14; GAYO 3, 223; IJ.4, 4, 7; PS. 5, 4, 6; PRISC. *Inst.gramm* 6, 13, 69; GELIO 20, 1, 15-16)

¹⁷⁴ XII Tab.8.3: COLL. 2, 5, 5; GAI. 3, 223; IJ. 4, 4, 7; PS. 5, 4, 6; GELL. 20, 1, 32.

generalis, en contraposición a las *leges speciales* (relativas, precisamente, al *membrum ruptum* y al *os fractum*)¹⁷⁵.

No obstante, esta opinión común de que el lenguaje jurídico de Roma haya conocido, hasta la época de las XII Tablas, una noción técnica de *iniuria* que habría designado, en una norma de la ley (tab.8.4) un ilícito determinado concerniente a las lesiones personales plantea múltiples problemas. Sobre la base de esta tradición¹⁷⁶ las modernas reconstrucciones de las XII Tablas¹⁷⁷ proponen, no sin variaciones, tres normas: tab. 8, 2 relativa al *membrum ruptum*, tab. 8, 3 *os fractum* y tab. 8, 4 sobre la denominada *iniuria* simple.

La lectura de estos textos plantea una multitud de interrogantes¹⁷⁸ entre los que cabe señalar si existían en las XII Tablas, un ilícito de *iniuriae* articulado en tres casos (*membrum ruptum*, *os fractum* y la llamada *iniuria* simple) como asume la tradición ahora referida¹⁷⁹, o al menos en este punto la tradición clásica y sucesiva, influenciada por “su” concepto de *iniuria*, comete un error de anticipación (seguro según la opinión¹⁸⁰ mayoritariamente seguida al menos por lo que concierne al *carmen famosum*), y , muy probablemente en las XII Tablas la *iniuria* designaba sólo el tercero

¹⁷⁵ COLL.2, 5, 5.

¹⁷⁶ Se debe añadir respecto al *membrum ruptum* un texto de Festo.496: *Talionis mentionem fieri in XII ait Verrius hoc modo: “si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto”. Neque id quid significet, indicat, puto quia notum est: permittit enim parem vindictam.*

¹⁷⁷ SCHOELL, *Legis XII tab. Reliquiae*; BRUNS, *Fontes, pars prior*; RICCOBONO, *FIRA*, I.

¹⁷⁸ Claramente planteados por PUGLIESE *Studi sull’iniuria...*, cit., p. 3 y MANFREDINI *L’iniuria nelle XII tavole. Instabilis ex lege (Cornelia de iniuriis)*, cit., pp. 799-809.

¹⁷⁹ Tradición clásica seguida por la mayor parte de los estudiosos más antiguos entre los cuales el mismo MOMMSEN *Römisches Strafrecht.*, Leipzig 1899, pp. 784 ss, en tiempos recientes es seguida por VON LÜBTOW, *Zum römischen Injurienrecht*, en Labeo 15 (1969) pp. 131 ss. y POLAY, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986, pp. 16 ss.

¹⁸⁰ Respecto a PS. 5, 4, 6 la atribución a la *iniuria* de las XII Tablas del *carmen famosum* es, en este lugar, el fruto de un sobreentendimiento racionalístico del *malum carmen incantare*, efectivamente castigado en las XII Tablas pero como *crimen* de magia; por todos WIEACKER *Zwölftafelnprobleme*, en RIDA 3 (1956); MANFREDINI, *La diffamazione verbale in diritto romano*, I, Milano 1979. En contra en los últimos tiempos WATSON, *The Law of Obligations in Later Roman Republic*, Oxford 1965, DA NOBREGA *Le carmen famosum et l’occenatio*, en Romanitas 12-13 (1974); POLAY, *Iniuria Types in Roman Law*, cit.

de los casos, aquél penado con 25 ases¹⁸¹; o quizá podría afirmarse que la noción decemviral de *iniuria* no designaba técnicamente ninguno de estos casos puesto que habría sido difícil admitir que los decemviros hubiesen podido describir un caso particular (que era con toda probabilidad aquél de los golpes) con una proposición general, *facere iniuriam*, conceptualmente idónea para abrazar cualquier acto *contra ius*, cualquier tuerto, ilícito o injusticia¹⁸².

La verdadera cruz, como afirma MANFREDINI¹⁸³, es la dificultad de concebir, en el lenguaje jurídico de las XII Tablas, *iniuria* como *terminus technicus* en sentido concreto, específico¹⁸⁴ como debiera ser aquél que indicase las lesiones (también tab.8,2 y 8,3) o los simples golpes (tab.8,4), con el significado propio de *iniuria* como acto *contra ius*, seguramente más general y propio del valor que debiese atribuirse en esa época al *ius*¹⁸⁵.

Asimismo cabría preguntarse qué relación existía entre las tres disposiciones. Debían considerarse independientes¹⁸⁶ o estaban unidas en una interpretación conjunta¹⁸⁷. Y si se afirma que unidas en una categoría común, entonces existía una norma general y cuál era ésta, aquélla del *membrum ruptum* o aquélla referida a la *iniuria*.

¹⁸¹ Esta parece la orientación que prevalece a partir de PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* I, Milano 1941. Orientación ya manifestada por VOIGT, *XII Tafeln* II Leipzig 1883, y con posterioridad por DI PAOLA, *La genesi storica del delitto de iniuria*, en Ann. Catania, 1 (1946-47); BIRKS, *The Early History of iniuria* en T.37 (1969); WITTMANN, *Die Körperverletzung an freien im klassischen römischen Recht*, München 1972; SIMON, *Begriff und Tatbestand der iniuria in altrömischen Recht*, en ZSS 82 (1965); WATSON, *Personal Injuries in the XII tables*, en T.43 (1975); VOELKL, *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht*, Wien, Köln 1984.

¹⁸² Es ésta en gran medida la opinión de los autores que atribuyen un valor adverbial a *iniuria* en la Tab.8, 4; opinión que se diversifica entre aquellos que niegan la existencia del precepto como autónomamente destinado a reprimir los golpes (BIRKS, *The early history of iniuria*) o a considerarlo fruto de una tardía anticipación (MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria*).

¹⁸³ MANFREDINI, *L'iniuria nelle XII tavole. Instabilis ex lege (Cornelia de iniuriis*, cit., pp. 799-809.

¹⁸⁴ HUVELIN, *La notion...*, cit., sostiene el significado de *iniuria* como acto de violencia. Esta idea es eficazmente criticada por ALBANESE, *Una congettura sul significato di iniuria in XII tab,8,4*, en IURA 31 (1980).

¹⁸⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "Conceptos y dicotomías del ius", RJUAM n° 3, 2000, pp. 9-45, Madrid; KASER, *Das altrömisches Jus*, Göttingen 1949. SIMON, *Begriff und Tatbestand...*, cit.

¹⁸⁶ PUGLIESE, *Studi sull'iniuria...*, cit., pp. 8 ss.

¹⁸⁷ ALBANESE, *Una congettura sul significato di iniuria*, cit., pp. 1535 ss.

Y respecto a la pena, habría que cuestionarse cómo podrían coexistir dos regímenes sancionadores tan distintos como el *talio* (*talión*) subordinado a la falta de *pacisci* (*pacto*) y el de la sanción pecuniaria fija de 300 y 150 ases para los casos que en muchas ocasiones serían ciertamente asimilables. Sanciones que parecen referirse a momentos sucesivos en el modo de concebir la relación individuo-grupo-Estado respecto del hecho ilícito¹⁸⁸, y sobre todo referida a aspectos económicos diferentes: la economía natural y la economía monetaria¹⁸⁹.

Tales cuestiones fundamentales deben ser meditadas puesto que las soluciones implican y son, al decir de PUGLIESE, el presupuesto para la recta comprensión del concepto originario de la *iniuria* y su posterior desarrollo, en definitiva, el *nomen iuris* de *iniuria* que como veremos terminará acogiendo la difamación escrita.

A) ANÁLISIS DE LA TRADICIÓN JURÍDICA

En primer lugar un análisis más detenido de las fuentes jurídicas ya mencionadas nos llevará a determinar, dentro de esa escasa tradición jurídica, la disparidad e inconexión con que los propios textos tratan la materia.

¹⁸⁸ Se habla con referencia a aquél de las XII Tablas como de un momento de transición, de tendencia a la transformación de la pena corporal en pena patrimonial. ALBANESE *s.v Illecito* (storia) en ED 20 (1970). El término *poena* en el probable significado de composición pecuniaria haría su aparición según el autor en el lenguaje jurídico romano, propio a propósito de la *ossis fractio* y de la *iniuria* simple.

¹⁸⁹ Aunque es verdad que hoy se tiende a hablar de coexistencia entre las dos economías y a remontar la presencia de una economía monetaria a la Roma de los tarquinios. ROMANO, *Economía naturale ed economia monetaria*, Milano 1986. APPLETON, *La monnaie romaine et les XII tables*, París. Todavía no se puede infravalorar que los testimonios más acreditados, relativos a las penas fijas de la *ossis fractio* y de la *iniuria*, hablan de ases librales y su fecha convencional de aparición el 338 a. C. es comúnmente acogida (entre ellos DE MARTINO, *Riforme del IV secolo a.C.*, en BIDR 78, 1975). Por ello algún autor ha pretendido fechar tales normas con posterioridad a las XII Tablas cfr. MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria*.

Partimos del tratamiento que Gayo hace en sus Instituciones. 3, 220. El jurista en primer lugar define el objeto del delito clásico de *iniuria* a través de la individualización de los posibles modos en los que la *iniuria committitur*. Analizados después los sujetos que, directamente o por medio de terceros, pueden *pati iniuriam* (también un siervo puede ser un medio si el hecho *aperte in contumeliam domini fieri videtur*, pero directamente, contra él, *nulla iniuria intellegitur fieri*)¹⁹⁰ a continuación recoge el régimen de la pena fijado por las XII Tablas para resaltar la confrontación de su naturaleza arcaica con el régimen actual basado en la *aestimatio* pecuniaria determinada caso por caso. Así se lee en

Gayo 3, 223: *Poenae autem iniuriarum ex lege XII Tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut conlissum trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat; at si servo CL; propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta.*

(Por la ley de las XII Tablas la pena del delito de injurias era, en caso de ruptura de un miembro, la del talión; en caso de fractura o magullamiento, la pena era de trescientos ases, siempre que se tratara de persona libre; si era esclavo, de ciento cincuenta ases; para las otras clases de injuria se estableció una pena de veinticinco ases. Estas penas pecuniarias debían de ser suficientes en aquellos tiempos de gran pobreza)

Como vemos en el texto de Gayo la llamada *iniuria* simple es definida *ceterae iniuriae*; además ésta comprende el *membrum ruptum* y el *os fractum* mostrando ser entendida por el jurista en

¹⁹⁰ Gai., 3, 222.

una acepción muy amplia, asimilable a la noción conocida en época más avanzada, concretamente, en época clásica.

Junto a este texto debe referirse el texto recogido en la *Collatio* Coll. 2, 5, 1-5 (Paul. *lib. sing. tit. De iniuriis*)¹⁹¹. En este fragmento se precisa en primer lugar el contenido del delito clásico de *iniuria* que comprende todo hecho *quae contumeliae causa fiat*, a través de una clasificación, análoga a aquélla atribuida por Ulpiano a Labeón¹⁹² así expresada:

Coll. 2, 5, 4: *Fit autem iniuria vel corpore, dum caedimur, vel verbis, dum convicium patimur, vel cum dignitas laeditur, ut cum matrone vel praetextatae comites abducuntur.*

(Se da injuria o corporal cuando nos golpean, o verbal cuando sufrimos insulto o cuando se hiere la dignidad, como cuando a una matrona o a una joven noble se le quintan los acompañantes)

Correlativamente y a propósito del origen *legitima* de la *actio iniuriarum* se dice:

¹⁹¹ Es dominante la opinión de que el *liber singularis de iniuriis* no sea una obra de carácter monográfico de Paulo sino un extracto del 55 libro de su comentario *ad edictum*, editado en época postclásica. Cfr. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* trad. It. Firenze 1968 pp. 350 y 460; WIEACKER, *Textstufen* cit pp. 136, 223, 273. SCHERILLO, *Pauli de iniuriis liber singularis...* Studi Solazzi, Napoli 1948, pp. 439 ss. La *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* ha conservado dos fragmentos (2,5 y 2,6) de un *liber singularis de iniuriis* atribuido a Paulo. En el primer fragmento, que es el que aquí nos interesa, se da el concepto de *iniuria* y se tocan cuestiones generales esbozando el origen de la *actio iniuriarum*, mientras que en el segundo fragmento es tratado bajo el título *de iniuriis* el llamado *edictum generale*. Sin embargo, como observa SCHERILLO, ningún fragmento de esta obra aparece mencionado en el *Index florentinus*, a pesar de que éste recoge bastantes *libri singularis* de Paulo, y existen claras evidencias de que Paulo no haya escrito nunca un *liber singularis de iniuriis* sino que se trata de una parte del comentario edictal dedicado a esa materia: en primer lugar Paulo dedica a las *iniuriae* un libro entero de su Comentario al edicto, el LV del cual pocos fragmentos fueron insertados en las Pandectas (D.47, 10, 2; 4; 6; 8; 10) debido a que para la exposición del libro 47, 10 se tomó el comentario al edicto de Ulpiano; habiendo, pues dedicado un libro entero no se explica que sienta la necesidad de escribir sobre el mismo tema un *liber singularis*; pero aun no siendo razonable que lo hiciese, este nuevo libro monográfico debiera ahondar en el estudio de la materia, cosa que no sucede en este caso puesto que se mantiene la misma extensión y el contenido es el mismo que el recogido en el comentario al edicto.

¹⁹² cfr. D. 47,10,1,1-2 (Ulp. L.55 *ad ed*)

Coll. 2, 5, 5: *Legitima ex lege duodecim tabularum: 'qui iniuriaru(m)¹⁹³ alteri facit quinque et viginti sestertiorum poenam subit'. Quae lex generalis fuit: fuerunt et speciales, velut illa: 'si os fregit libero, CCC si servo, CL poenam subito sestertiorum'¹⁹⁴*

(Lo legal que se desprende de la Ley de las Doce Tablas: Quien veja a otro tiene que soportar una pena de 25 sestercios. Esta era la regla general; hubo otras especiales como la que dice: "quien rompe la boca a un hombre libre tendrá una pena de 300 sestercios, si se lo hace a un siervo la pena será de 150 sestercios")

En primer lugar hay que resaltar en estos textos que no se menciona la *membrum ruptio* y que existen evidentes signos que muestran una redacción más actualizada que impide asumir el texto de las tablas 8.3 y 8.4 –tal y como aquí es referido- como modelo del originario decemviral. Se ha de llamar la atención –como advierte MANFREDINI- sobre la posible o probable atribución a los decemviros de aquello que es el espíritu clásico de la *iniuria*: en efecto el precepto *qui iniuriam alteri facit* es considerado *lex generalis* porque el jurista tiene en mente la noción actual de *iniuria*; y la norma sobre el *os fractio* es una *lex specialis*, esto es, uno de los innumerables casos de *iniuria*. No obstante, veremos que no existe en la época decemviral tal relación entre los tres preceptos (*membrum ruptum*, *os fractum* e *iniuria*) siendo delimitados los contornos de tres delitos distintos que, en el desarrollo posterior de la noción de *iniuria*, van a fusionarse en la amplia noción clásica de *iniuria*¹⁹⁵.

¹⁹³ En la versión de la Collatio de Vercelli aparece el término *iniuria* no en acusativo *iniuriam* sino en su forma *iniuria*.

¹⁹⁴ Así en FIRA III, p. 550.

¹⁹⁵ Como adelanto de lo que será tratado en su momento hay que decir que, siguiendo la opinión de

Veamos ahora los textos contenidos en las *Pauli Sententiae*. 5, 4, 1-22. El título se abre con un intento de sistematizar la materia de manera bastante original donde se refleja claramente el valor de *iniuria* entendida como ofensa (*aut in corpus aut extra corpus*), unida a la voluntad-capacidad (*adfectus*) de quien la realiza y de quien la sufre:

PS. 5, 4, 1: *Iniuriam patimur aut in corpus aut extra corpus: in corpus verberibus et illatione stupri, extra corpus conviciis et famosis libellis, quod ex adfectu uniuscuiusque patientis y facientis aestimatur.*

(La injuria podemos sufrirla en el cuerpo o fuera del cuerpo. En el cuerpo con azotes o violencia sexual; fuera del cuerpo con insultos y escritos difamatorios, lo cual hay que medirlo según la consideración afectiva del que lo sufre y del que lo hace)

Para posteriormente examinar la formación histórica de la *actio iniuriarum* donde se dice el texto ya citado:

PS. 5, 4, 6: *...Lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis.*

PUGLIESE, entendemos que no exista una conexión sistemática entre la norma relativa a la así llamada *iniuria simple* y las normas sobre el *membrum ruptum* y *os fractum*, en el sentido de que estas dos figuras delictuales sean comprendidas en la categoría de *iniuria* y constituyan formas agravantes de ésta. Se trata de delitos distintos, si bien conexos en el sentido sustancial de la materia o del contexto en el que se desarrollan, las ofensas personales físicas, y que más tarde fueron fusionados bajo la noción de *iniuria*.

En este texto además de apreciar su naturaleza postclásica¹⁹⁶ se ha de considerar:

- a) el hecho de que no se haga mención explícita a la tab.8, 4, a la noción de *iniuria* y que ha sido interpretado por algún autor como un intento de subrayar el valor pleonástico que tendría su cita, con el claro convencimiento de que existiese una estricta afinidad entre la *iniuria* decemviral y la clásica¹⁹⁷.
- b) la mención del *carmen famosum* que constituye efectivamente, en época clásica, un caso de *iniuria*, pero que no tiene nada en común, salvo una cierta asonancia terminológica, con el *malum carmen* reprimido por las XII Tablas como ilícito de magia¹⁹⁸ y que no está incluido, como ya se ha mencionado y más tarde se desarrollará, dentro de la noción decemviral de *iniuria*.

Finalmente dentro de los textos jurídicos que se deben mencionar para la reconstrucción del ámbito legal de la *iniuria* decemviral se encuentra el siguiente:

¹⁹⁶ No puesta en duda por ningún autor cfr. BAVIERA en *FIRA*, II, pp. 319 ss. Sobre el tema SCHERILLO, *L'ordinamento delle Sententiae*, en *Studi Riccobono* 1, 1936. LAURIA, *Ricerche su "Pauli Sententiaerum Libri"* en *Annali Univ. Macerate* vol. VI, 74. SOLAZZI, *Per la data della Collatio Legum Mosaicarum e Romanarum*, en *Atti Acc.Sc.Pol e Mor. di Napoli* 57, 1936. DE DOMINICIS, *Di alcuni testi occidentali delle 'Sententiae' riflettenti la prassi postclassica*, *Studi Arangio-Ruiz*, IV, Napoli 1953 y *Riflessi delle costituzioni postclassiche negli "iura"* en *Contributi alla Critica delle fonti giuridiche postclassiche*, *Annali Triestini*. VOLTERRA, *Sull'uso delle Sententiae di Paolo presso i compilatori del Breviarium e presso i compilatori giustiniane*, en *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano* 1,35. y *Indice delle Glosse e delle Interpolazioni e delle principali ricostruzioni segnalate dalla critica delle fonti pregiustiniane occidentali*, en *Riv.Stor.Dir.Ital* 1, 1935, 40.

¹⁹⁷ Así entiende MANFREDINI que esta ausencia muestra cómo la noción de *iniuria* que aparece atribuida a las XII tablas es una anticipación de la noción clásica.

¹⁹⁸ Es opinión casi unánime que la figura del *carmen famosum* no haya sido considerada, en las XII Tablas, como un caso de *iniuria*, a pesar de la explícita mención de PS. 5, 4, 1. Este fragmento que menciona los *carmina famosa* en la categoría antigua de la *iniuria* es el único texto jurídico que ha llegado hasta nosotros y no es seguro que esta particular afirmación se remonte al jurista clásico, sino que más bien corresponde a una intervención postclásica. Tal figura será un caso de aplicación del edicto *ne quid infamandi causa fiat*, según puede deducirse de D. 47, 10, 15, 25 (Ulp. 57 *ad ed*). La opinión contraria tiene su origen en una tardía interpretación racionalista del *malum carmen incantare*, penado en las XII Tablas como delito de magia [así WIEAKER *Zwölftafelprobleme* en *RIDA* 3, 1956 pp. 467 ss]. Niegan valor a PS 5, 4, 1 entre otros PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* I, cit., p.20 ss. KASER, *Infamia* cit., p. 222; contra WATSON *The law of obligations in the later roman republic*, cit., p.248.

I. 4, 4, 7: *Poenae autem iniuriarum ex lege duodecim tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummariae poenae erant constitutae quasi in magna veterum paupertate... Sed poena quidem iniuriae, quae ex lege duodecim tabularum introducta est, in desuetudinem abiit...*

El fragmento, aquí reproducido parcialmente, traza un perfil histórico de la pena relativa a delito de *iniuria*. Afirma que el *membrum ruptum* y el *os fractum* son casos de *iniuria*, esto es, en las XII Tablas es concebida la noción de *iniuria* como una figura amplia y pluricomprendiva, similar a aquélla en vigor en tiempos de Justiniano; asimismo no es citada la pena de los 25 ases, o bien no es recordada alguna figura específica definida con la locución *facere iniuriarum* y castigada con la pena de 25 ases¹⁹⁹.

Cabe afirmar, en síntesis, que en el conjunto de las fuentes jurídicas examinadas, el núcleo más antiguo del delito clásico de *iniuria*, referido a las XII Tablas, es delimitado de muy diversos modos: en la *m. raptio*, *os fractio* y *ceterae iniuriae* (Gayo), en la *m. raptio* y *facere iniuria(m)* (*Collatio*), en la *membrum ruptio*, *os fractio* y *carmen famosum* (*Pauli Sententiae*), en la *m. raptio* y *o. fractio* (Instituciones de Justiniano). Sólo en Gayo y en la *Collatio* se atribuye a las XII Tablas una figura del ilícito denominado *iniuria* que, por otro lado, es brevemente individualizada sólo en este último testimonio, ya que Gayo habla indistintamente de *ceterae iniuriae*, distinta de la *m. raptio* de la *o. fractio*. E incluso en estos casos permanece la duda de que la cita sea fruto de una inconsciente

¹⁹⁹ Según MANFREDINI quizá no sea recordada precisamente por la contradicción que se habría producido, ya que se está atribuyendo a las XII Tablas la noción de *iniuria* vigente en época de Justiniano.

anticipación de la noción clásica de *iniuria*²⁰⁰ o, en último extremo, postclásica²⁰¹.

Junto a estas irregulares citas textuales, se ha de tomar con cautela la posibilidad –avanzada por algunos estudiosos²⁰²– de que los textos de la norma sobre la *os fractio* y sobre la *iniuria* simple, referidos en *Coll. 2, 5, 5* no sean conformes al original:

1. - En el primer supuesto se recita el texto de la norma como "*manu fustive si os fregit libero, CCC (si) servo, CL poenam subit <o> sestertiorum*"²⁰³. No hay nada que evoque al lenguaje arcaico y al estilo propio de los preceptos decemvirales. La pena es expresada en sestercios que son monedas relativamente recientes a los tiempos decemvirales. Y, según MANFREDINI, es escolástica la especificación, por otro lado no exhaustiva, de la modalidad del *frangere* al igual que la terminología penalística *poenam subire*²⁰⁴.

2. - Los mismos recelos se predicen del segundo texto que recoge el texto de la norma: *qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti poenam subito*²⁰⁵. Además de la falta de carácter arcaico del lenguaje utilizado, hay que considerar –como sutilmente advierte MANFREDINI– que la estructura sintáctica de la proposición, incluso aceptando la modificación que cambia "*subit*" en el imperativo futuro "*subito*", está lejos de aquélla típica del precepto decemviral que se

²⁰⁰ Así lo entiende MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, cit.

²⁰¹ En el caso de las *Pauli sententiae* y las *Institutiones* de Justiniano.

²⁰² MANFREDINI y DI PAOLA.

²⁰³ Cfr. RICCOBONO en FIRA, I p. 53 rechaza la modificación propuesta por MOMMSEN *Collectio librorum iuris antejustiniani* III, Berlin 1890, p. 145, y acogido por BAVIERA en FIRA II, p. 550, de "*subit*" en "*subito*"; y se adhiere a la idea de LACHMANN que interpreta la dudosa lectura de los manuscritos (c.v: *velut manifestos*; c.v: *velut manifestus*) en el sentido de *manu fustive*, rechazada por MOMMSEN y por BAVIERA, y renuncia a reconstruir el tenor original del verso. Renuncia también GIRARD, *Textes de droit romain*, cit., p. 38. BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*, cit., p. 29 propone la reconstrucción del precepto de este modo: *manu fustive si os fregit libero, CCC, si severo, CL poenam subito*.

²⁰⁴ MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria*, cit., p. 25.

²⁰⁵ BAVIERA en FIRA II, p. 550 que sigue a MOMMSEN incluso en lo que respecta a la corrección de "*subit*" por "*subito*".

abre con el “*si*” que explica las hipótesis, seguido del imperativo futuro y no con una proposición relativa que comúnmente se considera que había sido utilizada en el lenguaje preceptivo en época más tardía²⁰⁶.

Son, pues, un conjunto de textos jurídicos fechados en la época clásica (Gayo y Paulo), postclásica (Pauli Sententiae) e incluso justinianeas (Instituciones), que describen las normas decenvirales de muy diversas formas provocando una gran dificultad en la reconstrucción de la redacción original de los preceptos, y por otra parte, el hecho de que sean recogidas en tiempos posteriores, sin que existan textos fechados en aquella época antigua, hace que las referencias en la reconstrucción histórica que presentan puedan adolecer de interpretaciones o influjos de la época en que se está exponiendo²⁰⁷.

²⁰⁶ Sobre el distinto uso de “*si*” hipotético como elemento de datación. cfr. SBORDONE, *Per la sintassi delle XII Tavole*, en Synteleia I, Napoli 1964, p. 334. Sobre la más antigua importancia, en el antiguo lenguaje preceptivo, de la antigua proposición condicional respecto a la relativa cfr. PETSCHOW *Zu den Stilformen antiker Gesetze und Rechtssammlungen* en ZSS, 82 (1965) p. 24; GUILLEN, *El latín de las XII Tablas* en Helmantica 57 (1967) pp. 368 ss.

²⁰⁷ Así MANFREDINI advierte que, si bien es opinión común que el lenguaje jurídico de Roma haya conocido desde las XII tablas una noción técnica de *iniuria*, esta opinión se fundamenta en un considerable número de fuentes clásicas y más tardías (jurídicas y literarias), las cuales efectivamente, a una primera lectura, parecen confirmar este aspecto. Pero no parece que haya sido atentamente considerado, en la apreciación de estos testimonios, el problema de las sugerencias y de los influjos ejercitados sobre esta interpretación por la noción clásica de *iniuria*. Ésta es bastante amplia y pluricomprendensiva y, al menos desde los tiempos de Labeón, fue asumida, en el lenguaje de la jurisprudencia y en aquél preceptivo del pretor, en el significado técnico de *contumelia* (esto es, ofensa o ultraje), así que la esfera de aplicación de la *actio iniuriarum* era teóricamente extendida hasta comprender toda acción realizada *contumeliae causa*.

En efecto, en el curso del tratamiento sistemático de la *iniuria* clásica, son sólidamente mencionadas, en versiones sucintas y demasiado deformes, las figuras del *membrum rumpere* (tab.8.2), *os frangere* (tab. 8, 3), *facere iniuriam* (tab.8, 4) o las penas fijas del talión o de los 300-150 y 25 ases (*aeris, sestertiorum*), con objeto de delinear, con rápidas anotaciones, el núcleo más antiguo del instituto fijado en la reglamentación de las XII Tablas. Según este autor no existe duda de que la profundidad de la cita histórica –y quizá su misma veracidad– es sacrificada a la necesidad de tratar la reglamentación vigente del instituto. Por ello entiende que este dato no debe ser infravalorado y que hoy el intérprete, frente a las persistentes dificultades que se encuentran en concebir y en explicar la noción delictual de la *iniuria*, que por estas fuentes es atribuida a las XII Tablas, y sus relaciones con las figuras, mejor delineadas, de la *m. ruptio* y *os fractio*, puede legítimamente preguntarse si tal dificultad no deriva del hecho de que dichas fuentes no tienen una cita históricamente documentada sino que se limitan a atribuir a las XII Tablas aquella noción amplia de *iniuria* de la que han tratado en vía principal (esto es la noción vigente); o si quizá pudiese ser de un modo distinto y que, a la época a la que se remonta, con certeza se sabría sólo que las XII Tablas habían previsto el ilícito de las lesiones físicas, pero no exactamente cómo. Por tanto, en el conjunto de estos testimonios que documentan la *iniuria* en las XII Tablas, se podría ver un masivo fenómeno de anticipación, favorecido, por un lado por la prevalencia de la perspectiva de análisis del

Por ello, junto a los esbozos rápidos y en ocasiones indeterminados que la escasa tradición jurídica muestra, es necesario el análisis de los textos literarios que puedan arrojar luz en orden a reconstruir los términos en los que fueron redactados los preceptos normativos y dar así contenido al ilícito o ilícitos reprimidos por las XII Tablas.

B) ANÁLISIS DE LA TRADICIÓN LITERARIA

Si las fuentes jurídicas, por su naturaleza constantemente actualizadas, ofrecen noticias inseguras sobre la *iniuria* en las XII Tablas, a causa de la tendencia -quizá inconsciente- de proyectar en el antiguo código la noción clásica del instituto, un valor especial y una relevante utilidad presentan algunos testimonios literarios, que, por el hecho de pertenecer a obras antiguas y de erudición, parecen que quedan al margen de las contaminaciones con instituciones recientes y que registran con mayor fidelidad la memoria del pasado.

Así sucede, en general, en nuestro tema y esto, en concreto, se puede observar, por ejemplo, en el tratamiento de la *m. raptio*, respecto a la cual, los testimonios de GELIO²⁰⁸ y de FESTO²⁰⁹ son sin duda preferidos a aquellos jurídicos, aunque, no obstante, puede todavía suceder que incluso en estas fuentes antiguas se puedan recoger también anticipaciones y falsas atribuciones²¹⁰. De igual modo sucede con las reconstrucciones que de la llamada *iniuria*

instituto en el aspecto vigente, por otro lado por la falta de datos seguros sobre el exacto desarrollo histórico del instituto y por tanto la visión histórica no ha tenido solución de continuidad en la denominación técnica de ilícito de las lesiones personales, reconocida en la locución *facere iniuriam*. MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria*..., cit., p. 21.

²⁰⁸ GELL. 20,1,14-16

²⁰⁹ FEST. s.v. *talionis*

²¹⁰ Ese parece a Manfredini el caso de las noticias sobre la *iniuria* decemviral referidas por Gelio ya que en Festo de *iniuria* no se habla si no indirectamente con referencia a la pena: FEST.s.v. *viginti quinque poenae* (L. 508) donde se limita a atribuir a las XII Tablas una pena de 25 ases.

simple se realizan, cuya fuente principal la constituye el texto de GELIO (130-170 d.C.)²¹¹.

Consideremos, por ello, el ya mencionado y conocido fragmento de Gelio²¹² donde se relata la conversación entre el filósofo Favorino de Arles y el jurista Sexto Cecilio Africano que tiene por objeto la presunta crueldad e inadecuación de las penas sancionadas por las XII Tablas.

El valor del testimonio puede considerarse importante, de hecho, es aceptado por todos los estudiosos como texto fundamental para la reconstrucción de la *iniuria* en las XII Tablas y especialmente para los orígenes de la *actio iniuriarum* y del *generale edictum*²¹³ o *edictum de iniuriis aestimandis*²¹⁴. Por lo tanto la importancia del texto como documento sobre las XII Tablas y sobre la crítica histórico-jurídica antigua está fuera de discusión.

Gelio declara, en el *praefatio*²¹⁵, haber atendido a la compilación de su obra utilizando todas las anotaciones que él era asiduo a hacer cuando cualquier cosa de golpe le asombraba, *quasi quoddam litterarum penus*. A continuación, refiriendo la conversación entre Favorino y Africano, dice expresamente haber presenciado la *disputatio*²¹⁶ en espera con éstos para rendir homenaje al *princeps in*

²¹¹ GELL, 20, 1, 12-13.

²¹² GELL. 20,1 sobre el que, CASAVOLA *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C: il senso del passato* en ANRW, II,15 pp. 132 ss el cual todavía afronta los problemas de crítica del texto.

²¹³ Sobre el *generale edictum* según el cual se habría establecido para las *iniuriae* una *poena aestimatoria*. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria...*, cit., pp. 96 ss. SIMON, *Begriff und Tatbestand der iniuria in altromischen Recht* en ZSS 82 (1965), p. 168. SCHMIDLIN, *Das Rekuperatorenverfahren*, Wien Graz, 1963 pp. 43 ss. VON LUBTOW, *Zum romischen Injurienrecht* en Labeo 15, 1969. WITTMANN, *Die Körperverletzung an freien im klassischen romischen Recht*, München 1972, p. 27. WITTMANN, *Die Entwicklungslinien der Klassischen Injurienklage*, en ZSS, 91, 1974, p. 300. VÖLKL *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht*, Wien, Köln 1984, p. 208. POLAY, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986, p. 97. BIRKS, *The early history of iniuria*, en T.37 (1969), p. 163.

²¹⁴ Sobre la interpretación de este texto con relación al *generale edictum* cfr. MANFREDINI, *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis*, en *Illicito e pena privata in età repubblicana* (Atti convegno Copanello 1990) Napoli 1992.

²¹⁵ GELL. *Praefatio*, 2.

²¹⁶ GELL. 20,1,2.

area Palatina. Por ello, con toda probabilidad, lo que Gelio refiere es realmente lo que se ha dicho en el curso de la conversación²¹⁷, salvo posibles errores de reconstrucción del diálogo²¹⁸.

Sobre las fuentes de Favorino, debemos considerar que, muy posiblemente, su conocimiento en materia de las XII Tablas lo haya obtenido por la lectura de los libros *ad XII tabulas* de Labeón (43 a.C-20 d.C)²¹⁹, pero puesto que cita tal obra de memoria y que incluso él, en algunos fragmentos, manifiesta dudas sobre la bondad de su memoria²²⁰, no puede afirmarse que con certeza sean tales las palabras y el contenido de Labeón. Asimismo, se ha de añadir que a su vez Gelio refiere de memoria cosas dichas por otros también de memoria. Africano, en cambio, no es sólo técnico sino un historiador del derecho²²¹.

Gelio. 20, 1, 12-13. Afirma Favorino: *Si iniuria (m) alteri faxit, viginti quinque aeris poenae sunt. Quis enim erit tam inops, quem ab iniuriis faciendae libidine viginti quinque asses deterreant? Itaque cum eam legem Labeo quoque vester libris, quos ad duodecim tabulas conscripsit, non probaret: "***" inquit "L. Veratius fuit egregie homo inprobus atque inmani vecordia. Is pro delectamento abebat os hominis liberi manus suae palma verbare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam*

²¹⁷ Algunos intérpretes modernos han creído que se trata de una cita directa como si el filósofo tuviese la obra en su mano y como si fuese normal para un filósofo acudir a una audiencia imperial llevando una obra de Labeón: BRETONNE, *Ricerche labeoniane. Iniuria e ubris* en RFIC 103 (1975) p. 413; VÖLKL *Die Verfolgung*, cit.p. 208. DILIBERTO, *Il commento di Gaio alle XII tavole*, en Index 12 (1990), p. 413.

²¹⁸ Del texto no es tan importante la persona de Gelio como los protagonistas del diálogo Favorino y Africano y quizá, en última instancia, Labeón.

²¹⁹ GELL. 20,1,13.

²²⁰ GELL. 20,1,14.

²²¹ Cfr. DE MARINI AVONZO, *Critica testuale e studio storico del diritto*, Torino, 1973, p. 42. También ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963, p. 119.

assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses iubebat. Propterea' inquit 'praetores postea hanc abolescere et relinqui censuerunt iniuriisque aestumandis recuperatae se daturos edixerunt...".

Favorino después de haber citado la norma sobre la *iniuria* simple con la correspondiente pena de 25 ases, subraya la inadecuación de la sanción para frenar -incluso en las personas más pobres- la voluntad de causar injuria, y como prueba de esto refiere el episodio de L. Veracio, aquel caballero que abofeteaba a los paseantes, pagaba y continuaba su paseo por la calle. Por último, afirma que por ello, los pretores después establecieron abolirla (la pena de 25 ases) y mandaron que para la estimación de las *iniuriae* habrían de darse *recuperatores*.

A estas palabras replica Africano en Gelio.
20, 1, 31-32: *Iniurias factas quinque et viginti assibus sanxerunt. Non omnino omnes, mi Favorine, iniurias aere isto pauco diluerunt, tametsi haec ipsa paucitas assium grave pondus aeris fuit; nam librariis assibus in ea tempestate populus usus est. Sed iniurias atrociores, ut de osse fracto, non liberis modo, verum etiam servis factas, in pensiore damno vindicaverunt, quibusdam autem iniuriis talionem quoque adposuerunt.*

El jurista observa que no todas las *iniuriae* eran castigadas con un modesto peso de bronce, sino que aquéllas *atrociores* tenían sanciones mayores, como el *os fractum* y las *iniuriae* penadas con el

tali3n. Y a prop3sito de aquel edicto de los pretores que Favorino considera m3s eficaz, a3ade Africano -en esto confirmando las palabras de Favorino sobre la existencia de un *edictum aestimandis iniuriis*- “no quiero que t3 ignores que el mismo tali3n sol3a ser llevado a la *aestimatio* del juez y esto suced3a cuando el ofensor, no aceptaba la *pactio* y dispuesto por el juez el tali3n, era por el juez mismo condenado al pago de una suma de dinero, *aestimata lite*”²²².

Pues bien, a pesar de que en el argumento de conversaci3n decididamente prevalece la perspectiva hist3rica, la *iniuria* decemviral, unida a la *lex* referida por Favorino (que se autodefine con intenciones de *quaerere* antes que de *aexistumare*)²²³ se lee con el siguiente tenor:

*Si iniuria<m> alteri faxsit viginti quinque aeris poenae sunt*²²⁴

A pesar de la claridad expositiva del texto y de la aparente referencia a una *iniuria* penada con 25 ases deben verse detenidamente algunos aspectos concretos:

En primer lugar la referencia del texto es hecha a la *iniuria* con su forma en ablativo y no en acusativo, por tanto habla de *iniuria* en forma adverbial y no de *iniuriam* que designar3a, en su forma sustantiva, un il3cito. Ello pudiera imputarse a que citando de memoria se olvidase la letra exacta de la norma, aunque parece que

²²² Para una correcta cr3tica de las fuentes, alg3n autor se ha preguntado cu3l es el fundamento por el cual pueda tener Africano conocimiento sobre la evoluci3n postdecemviral del tali3n, y si quiz3a no sea otro que un “ripensamento della tradizione tra legge decemvirale e Editto pretorio” realizado por el propio jurista. Cfr. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 20. No obstante, no pretendemos dudar de las escasas fuentes que nos han llegado y entendemos que Africano como jurista conozca la evoluci3n del tali3n postdecemviral sin haber relatado nada que haya interpretado 3l.

²²³ Gell.20, 1, 9. *'Noli' inquit Fauorinus 'ex me quaerere, quid ego existumem. Scis enim solitum esse me pro disciplina sectae, quam colo, inquirere potius quam decernere.*

²²⁴ Gell.20, 1,12.

el interlocutor está bien documentado pues se nos informa de que ha consultado los libros de Labeón *ad duodecim tabulas conscripsit*.

Según MANFREDINI, las dudas que Favorino tiene, cuando hace su disquisición sobre la inadecuación de la pena de 25 ases prevista en las XII Tablas, son provocadas porque en su mente se representa la configuración más reciente del delito de las lesiones personales definido técnicamente como "*facere iniuriam*", y no conoce exáctamente los términos de la relación entre esta denominación y aquélla del antiguo ilícito penado con 25 ases, y ello lo acredita por el hecho que el filósofo, al citar el texto de la norma, habla de *iniuria* en forma adverbial y no de una *iniuria* que designase, en la forma sustantiva, el ilícito.

También pudiera observarse que la transcripción -si así fuese el caso- de Gelio hubiera cometido el error de no escribir *iniuriam* en vez de *iniuria*.

Finalmente, podría admitirse una redacción del término con sentido adverbial poniéndola en relación con este uso de *iniuria* en forma adverbial y que es de igual modo documentado a propósito de los *arbores iniuria caesae* y en la fórmula aquiliana. Pero de ello trataremos a su tiempo.

En segundo lugar, la *iniuria* llamada simple es identificada con las *iniuriae* por las cuales, en época mucho más tardía, el pretor habría establecido la pena estimatoria. Por lo tanto, la misma *iniuria* que en un primer momento es representada como una figura específica a la que habría sido extraña la *m.ruptio* y la *o.fractio*²²⁵ es, en sede explicativa, entendida en sentido amplio²²⁶, comprensiva de

²²⁵ Se estaría hablando de la *iniuria* decenviral independiente del *membrum ruptum* y del *os fractum*.

²²⁶ Pudiera ya estarse hablando de la unión bajo la noción de *iniuria* del *membrum ruptum* y *os fractum*.

todas las figuras por las cuales era prevista una pena fija y, por lo tanto, incluso de las *m.ruptio* y *o.fractio*²²⁷.

Pudiera decirse -según nuestra interpretación- que la *iniuria* o el *facere iniuria* castigado con los 25 ases mencionados por Favorino sería el reducto de las ofensas personales en época de las XII Tablas, siendo independiente de las formas de *membrum ruptum* y *os fractum*. Estas formas, mal llamadas *atrociores* por Africano, serían las que se citan como *os fractum* y penadas por el talión (*membrum ruptum*) y que según el texto coexistían con la *iniuria*. En el transcurso del tiempo y la devaluación de la moneda llega a ser una pena inadecuada la de los 25 ases y -conforme al testimonio de Favorino- es por ese motivo que se emana un edicto "*aestimandis iniuriis*". Sin embargo, Africano contrapone que ya existía estimación en los casos de talión, es decir, en los casos del *mebrum ruptum*. No obstante, seguirían existiendo las penas fijas del *os fractum* y de la *iniuria* necesitadas de una adecuación en los tiempos posteriores a la devaluación, y, sobre todo, en el momento en el que se unificasen las tres figuras en una noción genérica de "*iniuria in corpus*". Tanto la *aestimatio* de los casos del talión como los supuestos de las penas pecuniarias fijas, necesitarían una medida de armonización que se llevase a cabo a través del *generale edictum aestimandis iniuriis*.

El texto de Gelio nos relata las noticias por boca de dos dialogantes que ofrecen su particular visión en una *disceptatio*, por lo que no debe entenderse que sólo por el motivo que Favorino afirma, la devaluación, el pretor hubiera emanado el edicto *aestimandis iniuriis*. Se deben extraer de la conversación los datos que se mencionan y configurar la reconstrucción del tema hablado,

²²⁷ Obviamente esta observación sirve en cuanto se crea, siguiendo la opinión común, que la reforma de la que se hace mención en GELL. 20, 1, 13, había interesado no sólo a la *iniuria* simple sino también al *m.ruptum* y *o.fractum*. Por lo que sabemos, refutan la integración, casi comúnmente acogida, HUVELIN, *La notion ...cit.*, p. 92; BIRKS, *The early history of iniuria*, en T.37 (1969) p. 182 y SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino, 1969 pp. 59 ss.

entendiendo que es una *disceptatio* donde se ofrecen valoraciones y no pueden ser considerados los argumentos que se refieren libres de la postura que cada personaje asume.

En tercer lugar, en la respuesta de Africano a Favorino se documenta claramente la anticipación a las XII Tablas de una figura, aquélla de la *iniuria atrox*, que surge, muy probablemente, por determinadas exigencias prácticas²²⁸ en torno a las cuales se discutía ya en la época del *De inventione* (91-87 a.C) de Cicerón²²⁹ y que fue teorizada, según afirma Ulpiano, por Labeón²³⁰. Este elemento más reciente envuelve pues la noción de *iniuria* que el jurista atribuye a las XII Tablas, noción amplia que funde juntas las *iniuriae* penadas con 25 ases, la fractura de un hueso entendida como *iniuria atrox* y la *m.ruptio* también considerada como *iniuria*. Realmente el tenor con el que se refiere Africano parece denotar que utiliza el término *iniuriae* en el sentido genérico del momento en el que hablan, una noción clásica puesto que en esos momentos ya todas las lesiones estaban penadas bajo el concepto de *iniuria*. Asimismo debe entenderse que el término *iniurias atrociores* es utilizado con una connotación de valoración de la gravedad de la lesión del *os fractum*

²²⁸ Así WATSON, *The law of obligations*, cit., p. 255.

²²⁹ CIC.inv. 2, 59-60: [59] *Ea igitur poena si affici reum non oporteat, damnari quoque non oportere, quoniam ea poena damnationem necessario consequitur. Hic defensor poena commutationem ex translativo genere inducendo totam infirmabit accusationem. Verumtamen ceteris quoque criminibus defendendis coniecturali constitutione translationem confirmabit. Exemplum autem translationis in causa positum nobis sit huiusmodi: cum ad vim faciendam quidam armati venissent, armati contra praesto fuerunt et equiti Romano quidam ex armatis resistenti gladio manum praecidit. Agit is, cui manus praecisa est, iniuriarum. Postulat is, quicum agitur, a praetore exceptionem: "EXTRA QUAM IN REUM CAPITIS PRAEJUDICIUM FIAT".*

[60] *Hic is, qui agit, iudicium purum postulat; ille, quicum agitur, exceptionem addi ait oportere. Quaestio est: excipiendum sit an non? Ratio: "Non enim oportet in recuperatorio iudicio eius maleficii, de quo inter sicarios quaeritur, praeiudicium fieri." Infirmitas rationis: "Eiusmodi sunt iniuriae, ut de iis indignum sit non primo quoque tempore iudicari." Iudicatio: atrocitas iniuriarum satisne causae sit, quare, dum de ea iudicatur, de aliquo maiore maleficio, de quo iudicium comparatum sit, praeiudicetur? Atque exemplum quidem hoc est. In omni autem causa ab utroque quaeri oportebit, a quo et per quos et quo modo et quo tempore aut agi aut iudicari aut quid statui de ea re conveniat.*

²³⁰ D. 47, 10, 7, 8 (Ulp.1.57 ad ed): *Atroce[m] autem iniuriam aut persona[m] aut tempore[m] aut re ipsa fieri labeo ait. persona atrocior iniuria fit, ut cum magistratui, cum parenti patrono fiat. tempore, si ludis et in conspectu: nam praetoris in conspectu an in solitudine iniuria facta sit, multum interesse ait, quia atrocior est, quae in conspectu fiat. re atroce[m] iniuriam haberi labeo ait, ut puta si vulnus illatum vel os alicui percutsum.*

y las penadas con el tali3n respecto a la *iniuria* de 25 ases; una calificaci3n que no existía en los tiempos de las XII Tablas, pero que ya en el momento en el que se habla sÍ y a trav3s de la cual se atribuye a la magnitud de la herida la atrocidad. Por ello quiz3 al hablar de la fractura de hueso y de *m.ruptio* utilice ese t3rmino y no por atribuir una categoría vigente o anticipar un fen3meno a la 3poca de las XII Tablas.

Por 3ltimo, ha sido objetado por MANFREDINI que el hecho de que Africano remonte el as libral a las XII Tablas -cuya fusi3n conforme a la interpretaci3n de este autor no es anterior a los 3ltimos decenios del siglo IV a.C- es un argumento para pensar que el jurista tenga presente una redacci3n m3s tardía de la antigua ley, en la que, por respeto a la tradici3n, se continuaba atribuyendo a los decemviro las modificaciones que los preceptos originarios habían sufrido en un tiempo posterior. Sin embargo, como se rebatirá a su tiempo, tal dataci3n del as no es aceptada unánimemente por toda la doctrina y parte de ella entiende que el as podría remontarse a la 3poca decemviral, y por tanto, no es atendible fielmente el hecho de que se esté ante una redacci3n posterior. De igual modo, en el caso de que así fuera, no sería concebible las razones o el porqué, por respeto a la tradici3n, se atribuyese a los decemviro normas emanadas posteriormente como interpretaciones de los preceptos originales.

El texto de Gelio a pesar de dar argumentos y notas sobre la posible configuraci3n de la *iniuria*, las lesiones físicas y sus correspondientes penas y desarrollo en el tiempo no ofrece, sin embargo, un testimonio totalmente certero del tema y adolece quiz3 de atribuciones incorrectas a las que hay que dar el valor y contenido exacto. Por ello, siendo tan poco concluyentes los textos de los que disponemos para realizar una reconstrucci3n de los orígenes de un

delito como es el de la *iniuria*, es importante examinar de forma crítica las contribuciones de la doctrina²³¹ que ha tratado el problema de la antigua noción de la *iniuria*.

C) ANÁLISIS DE LA INTERPRETACION DE LA DOCTRINA

Dada la pobreza y las lagunas existentes en las fuentes jurídicas y literarias acerca del origen del delito de *iniuria*, se trata de un temas sobre el que se han aventurado muchas hipótesis, que no cabe considerar como concluyentes. Sin embargo, deben presentarse las interpretaciones que la doctrina que ha dado y que a parte de la característica general de estar fundamentalmente inspiradas en conservar la tradición sobre el punto de partida de la pertenencia a las XII Tablas de los tres preceptos²³², la reconstrucción del delito, la interpretación de los textos y la resolución de todos los problemas que éstos presentan son múltiples y, en ocasiones, dispares. No obstante, pueden agruparse en torno a dos interpretaciones fundamentales con las que la historiografía romanista se ha acercado a la *iniuria* en las XII Tablas:

1.- Un tratamiento conservador y respetuoso con la tradición clásica y posterior, sin duda asegurador, pero que se niega a toda

²³¹ De entre los autores que han estudiado ampliamente el tema véase: PUGLIESE *Studi sull'iniuria*; DI PAOLA *La genesi storica del delitto di iniuria* en Ann. Catania 1, (1946-47) pp. 268 ss; KASER *Das altromische Jus* Göttingen 1949 pp. 207 ss.; SIMON *Begriff und Tatbestand der iniuria in altromischen Recht* en ZSS 82 (1965). P.132 ss. DA NOBREGA *L'iniuria dans la loi des XII tables*, en Romanitas 8,(1967) pp. 250 ss; VON LUBTOW *Zum romischen Injurienrecht*; BIRKS *The early history; Lucius Veratius and lex Aebutia* en Daube Noster ed. Watson, Edimburgh-London 1974 pp. 42 ss. SCHIPANI *Responsabilita*, cit., pp. 59 ss.; WITTMANN *Die Korperverletzung* cit., pp. 3 ss. WATSON *Personal injuries in the XII tables* en T.43 (1975) pp. 213 ss; GARCÍA GARRIDO, MANUEL J. Prólogo a la monografía de Maria Soledad del Castillo Santana, *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*, Madrid 1994. pp. 9 ss; FERNÁNDEZ PRIETO, M. *La difamación en Derecho Romano*, cit., pp. 43 ss; GUERRERO LEBRÓN, M, *La injuria indirecta en Derecho Romano*, cit., pp.2 9-35, DE LA PUERTA MONTTOYA, D. *Estudio sobre el edictum de adtemptata pudicitia*, cit. pp. 30 y ss. HAGEMANN, *Iniuria*, cit., pp. 1-49.

²³² Sólo existe una teoría que manifiesta la idea de una estratificación de la formación de las normas en época postdecemviral que es la desarrollada por MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano 1977 y MANFREDINI, *L'iniuria nelle XII tavole. Intestabilis ex lege (Cornelia de iniuriis)*, cit., pp. 799-809.

tentativa de forzar con las armas de la filología, de la historia y de la comparación, el bloque de la tradición clásica y más tardía para aclarar las incongruencias que surgen en los textos.

2.- Un tratamiento que, al contrario, acepta, aunque con cautela, el desafío de la crítica histórica.

1.-TESIS DE MOMMSEN

Como punto de partida se debe exponer la interpretación de MOMMSEN²³³ sobre la *iniuria*, sobre la ofensa personal, una concepción amplia que se incluiría como primera aportación de la primera orientación conservadora.

Este autor define la *iniuria* en términos generales como “lo opuesto al derecho, *ius*, no en su sentido ético, sino en el político, era en Roma la injusticia, *iniuria*”. Esta composición de la palabra responde al sentido esencialmente negativo en que principalmente se hacía uso de ella, limitándolo a las relaciones reguladas por el Estado²³⁴.

Sin embargo técnicamente se daba a dicha voz un significado más restringido, aplicándola con sentido positivo a las ofensas causadas a un tercero en su cuerpo o en sus cosas, en contraposición a la apropiación ilegítima de cosas ajenas, o sea el *furtum*. Por tanto, MOMMSEN entiende una noción de *iniuria* comprensiva de daños tanto personales como materiales. Como consecuencia de esta contraposición *iniuria-furtum*, al desarrollarse posteriormente el

²³³ MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*. Leipzig 1899, pp. 784 ss, utilizada la edición de *Derecho Penal Romano*, traducción castellana de P. Dorado profesor de la Universidad de Salamanca, Bogotá 1991.

²³⁴ Con posterioridad desarrollaremos el sentido general con el que es usado el término *iniuria* durante la época preclásica, la *iniuria* que es definida por MOMMSEN como injusticia bien referida al ámbito de las relaciones internacionales, de la *iniuria privatorum* y la *iniuria* conforme era utilizada en el lenguaje común para dar sentido a toda esta noción en la época republicana.

derecho, se dividió la *iniuria* en *iniuria* simplemente, es decir, ofensa antijurídica causada a la persona, la *iniuria* de la que estaríamos tratando, la ofensa personal, y *damnum iniuria*, o daño causado injustamente a las cosas, partiendo de la idea de que, en el primer caso no se debía atender sino a la imposición de penas, mientras que en el segundo habría que procurar ante todo la indemnización del daño²³⁵. MOMMSEN, de este modo, realiza la distinción entre el delito privado de *iniuria* de lesiones personales que deben ser resarcidas por medio de la pena privada, y el delito del *damnum iniuria datum* que será regulado por la *Lex Aquilia* y que será el futuro delito civil. Ambos delitos se encuentran unidos en la *iniuria*, en la injusticia que caracteriza la acción que tipifica el delito. Presenta, pues, un amplio concepto antiguo de *iniuria* donde se incluyen daños personales y materiales que después serán diferenciados por las consecuencias jurídicas que de tales daños se deriven.

Las XII Tablas al igual que codificaron las normas relativas a los otros delitos privados, tipificaron también el delito de la *iniuria* y, en opinión de MOMMSEN, esas normas han llegado en lo esencial a nosotros. La *iniuria* es la ofensa intencionada e ilegítima a la personalidad de un tercero. En el derecho más antiguo -según este autor- no se consideraba como *iniuria* punible más que la lesión corporal, el hecho de ponerle uno la mano encima a otro. En general, la *iniuria* de las XII tablas – aun prescindiendo de la amplitud que se le dio aplicando su concepto al daño en las cosas- se diferenciaba teóricamente de la *iniuria* regulada por el derecho de los tiempos posteriores, en que la primera era la lesión corporal (*iniuria in corpus*), cuyo autor pudiera ser responsable de ella, y la segunda era la lesión causada dolosamente a la personalidad (*iniuria-contumelia*: noción clásica que incluye las ofensas físicas y morales). De modo que el concepto de la *iniuria* antiguo era, por un lado, más amplio

²³⁵ A estos dos delitos añade el *furtum* determinando así la tripartición del delito privado.

que el de *iniuria-contumelia*, puesto que abarca las lesiones corporales culposas al ser un delito de resultado. Pero, no obstante, era más restringido por cuanto excluía toda ofensa a la personalidad que no fuese una lesión corporal.

MOMMSEN afirma que de los tres grados de injuria establecidos por el Código de las Doce Tablas, la mutilación, la fractura de hueso y la *iniuria* simple, parece que esta última era la que designaba la verdadera injuria real, porque de no ser así, habría que admitir que los elementos constitutivos de este delito eran muy amplios e ilimitados, cosa que, según este autor, se armoniza mal con el carácter concreto y positivo del antiguo código, donde, por otra parte se da el nombre de *infamia*²³⁶, y como a casos de infamia se les trata, a las pocas injurias no consistentes en lesiones corporales, que en este código encontramos. A esto se añade que la única aplicación de esta ley penal que este autor conoce se refiere también a un caso de golpes o lesiones corporales²³⁷. Esta concepción de unión bajo la única noción de *iniuria* de los tres preceptos decemvirales es superada en la actualidad, distinguiéndose nítidamente las tres normas *membrum raptum, os fractum* e *iniuria simple*²³⁸.

Esta aplicación restringida de la noción de *iniuria*, correspondiente a las lesiones corporales no pudo mantenerse y consuetudinariamente se fue ampliando, no ya por el concepto mismo de *iniuria*, sino por el número de casos en que podía entablarse la acción correspondiente. De manera que la personalidad podía ser ofendida de tres maneras: en su cuerpo, en su condición

²³⁶ Respecto a la noción de infamia véase FERNANDEZ DE BUJÁN, A, *Las nociones de ignominia e infamia en Derecho Romano* cit.p. 314; KASER, *Infamia und ignominia in der römischen Rechtsquellen*, ZSS, 1956, 73 pp. 220-223. POMERAY, *Etudes sur l'infamie en Droit romain*, Paris 1937.

²³⁷ Suponemos que MOMMSEN se refiere el fragmento de Gelio que es el único testimonio que se recoge de aplicación de la norma, el ejemplo de L. Veracio. GELL.20, 1, 12-14.

²³⁸ Cfr. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* I, cit. es de los primeros autores que aboga por la separación.

jurídica o en su honor²³⁹. MOMMSEN afirma que no había palabra que sirviera para designar técnicamente estas diversas categorías de hechos²⁴⁰. El concepto de injuria se limitaba en un principio a las lesiones corporales, pero una vez ampliado el círculo de los hechos que daban lugar a la acción de injurias a través de la intervención pretoria, no existía voz técnica que designara adecuadamente nuestra verdadera injuria corporal. La segunda clase de injurias, los hechos injuriosos a la condición jurídica ni siquiera pudieron ser designados por una palabra especial y, respecto a las ofensas del honor, se aplicó –según este autor– la palabra *convicium*, en su restringida significación primitiva²⁴¹.

Por lo tanto, las XII Tablas concedían incondicionalmente una acción de *iniuria* a las víctimas de lesiones corporales. No incluían en el concepto de *iniuria* el homicidio, ya recayese sobre persona libre o no libre, pues como bien advierte este autor²⁴², la destrucción de la persona no era considerada como ofensa a la misma. Cuando la muerte hubiera sido intencional, se castigaba al autor de ella, igual que si hubiese sido consumada que si sólo hubiera quedado en grado de tentativa, con arreglo a las normas sobre el homicidio; cuando sin intención, pero culposamente, se hubiera dado muerte a una individuo libre o no libre, el hecho era considerado como supuesto de daño en las cosas.

La *iniuria* según la norma decemviral consistiría en la lesión corporal inferida a una persona, lo mismo libre que esclava, sin que

²³⁹ *In corpore, iniquitas o iniustitia y contumelia.*

²⁴⁰ Es en época clásica cuando se admite una noción de *iniuria* que contiene todos estos aspectos, así el fragmento de Ulpiano recogido en D.47, 10, 1 pr. (Ulp.1.56. *ad ed*): “*Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omnem enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur, hoc generaliter, specialiter autem iniuria dicitur contumelia, interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus: interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuram, contumeliam autem a contemnendo*”.

²⁴¹ MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*. cit p. 484.

²⁴² MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*. cit p. 487.

hubiera distinción entre la causada intencionalmente y la originada por simple imprevisión. Según el derecho posterior sólo se concedía la acción de *iniuria* en caso de que se hubiera producido intencionalmente alguna lesión corporal o moral, de manera que las *iniuriae* no intencionadas se trataban entonces como daño a las cosas. Muestra MOMMSEN una concepción similar a la actual distinción entre el delito penal de lesiones e injuria y la indemnización por daños físicos y morales.

Según este autor, el derecho de las XII Tablas y también la ley de Sila tocante a las injurias, concedían una acción de injurias siempre que se hubiera causado a un hombre libre una injuria real, esto es, siempre que se hubiera pasado a vías de hecho²⁴³ pero sin producir daño corporal; esto era lo que se denominaba técnicamente empujar (*pulsare*) y golpear (*verberare*)²⁴⁴.

Una concepción tal de la *iniuria* como lesión corporal hace que este autor excluya en los primeros tiempos de este delito privado los atentados al pudor. Dichos atentados, contra personas de ambos sexos, caían fuera de la *iniuria*, en cuanto que los mismos eran castigados como delitos públicos. El estupro²⁴⁵ de una mujer que hubiera nacido libre, que estuviese casada o no, si se hubiera ejercitado con su consentimiento constituía, sin duda, una injuria para el marido o para la persona que la tuviera bajo su potestad, y, aun cuando es difícil que las XII Tablas extendiese a este caso el concepto de *iniuria*, lo es asimismo que el pretor, durante la República, concediera en tales ocasiones una acción por *iniuria*²⁴⁶.

²⁴³ La injuria intentada pero no consumada no era, por tanto, punible.

²⁴⁴ MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*. cit p.488.

²⁴⁵ Respecto al estupro se hará especial mención más adelante.

²⁴⁶ Es ya en época del Principado cuando con la Ley de Augusto sobre el adulterio y el estupro cuando se introduce un procedimiento criminal para estos delitos. MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*.cit p 492. cfr. ARANGIO RUIZ, *La legislazione in Augusto*, Studi in occasione del bimillenario augusteo, Roma 1938.

De igual modo debe excluirse en época de las XII Tablas que la *iniuria* incluyese al denominado *carmen famosum*. Como ya hemos mencionado al exponer la tendencia difamatoria, según este autor, las XII Tablas castigaban con rigor el cantar públicamente cánticos ofensivos para alguien. No se diferenciaba esencialmente de este caso el *convicium* en su primitivo sentido, ya que consistía en hacer manifestaciones injuriosas contra alguna persona delante de su propia casa y en tumulto.

Con posterioridad, con el desarrollo de la escritura que fue facilitando la publicidad empezó a hacerse uso del escrito difamatorio (*libellus famosus*) junto con el cántico difamatorio. Este delito, cuyo elemento fundamental no constituía legalmente en la cualidad de la ofensa inferida, sino en la publicidad dada al cántico o al escrito, estaba considerado y castigado en las XII Tablas -según este autor- no como ofensa inferida a un particular *iniuria*, sino como “hecho peligroso para el Estado”. Era, por tanto, en las XII Tablas un crimen castigado con la pena de muerte y la intestabilidad²⁴⁷ pero no por la calidad de la ofensa, sino por la publicidad que lo caracterizaba, ya que el canto pasaba de boca en boca y el escrito de mano en mano, de manera que no fue tenido como *iniuria* sino como crimen de Estado.

No obstante, con la interpretación de las XII Tablas realizada por el pretor, modificando su tenor originario, lo introdujo en su edicto de *convicium* como uno de los hechos que daban origen a la acción por injurias, de manera que desde ese momento los cánticos y

²⁴⁷ Sobre intestabilidad véase MANFREDINI, *La iniuria nelle XII Tavole. Intestabilis ex lege Cornelia de iniuriis*. Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Gener Madrid 1994 pp. 799-809; BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui*, Padova 1983; y *Ancora sulla “Lex Cornelia de iniuriis” e sulla repressione di talune modalità di diffamazione*, Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias. Madrid 1988, tomo II, pp. 579-603.

escritos difamatorios quedaron incluidos en el círculo de los delitos privados de *iniuria*²⁴⁸.

Esta ofensa a la personalidad, concretamente física en la época de las XII Tablas, debía simplemente ser verificada, y respecto al propósito antijurídico con que dicha ofensa había de ejecutarse, es más que dudoso que la norma decemviral exigiera la presencia del propósito o dolo para que hubiese *iniuria*. Ya entonces se imponía pena a los autores de lesiones corporales casuales o accidentales, por analogía con lo que sucedía en los casos de homicidio accidental. Con posterioridad, la *iniuria* no podía cometerse culposamente, se exigía que la ofensa jurídica fuera intencionada²⁴⁹.

Esta *iniuria* decemviral se sustanciaba por la vía del procedimiento privado. Juicio éste en el cual no era utilizable el

²⁴⁸ En el antiguo derecho penal, según MOMMSEN, no se incluiría dentro del campo de los delitos públicos ninguna otra injuria más que la causada por medio de cánticos o de escritos oprobiosos, y aún éstas no eran consideradas como delitos públicos, como tales injurias, sino en cuanto constituían una lesión de las obligaciones del ciudadano. El cántico injurioso debió ser un delito sometido *ipso iure* al procedimiento de los Comicios (pena capital) con el magistrado. No obstante, no se tiene noticia alguna de que efectivamente se aplicara a este caso tal procedimiento, y aun es posible que cayera en desuso desde muy pronto. Al transformarse durante el último siglo de la República el procedimiento criminal con las *quaestiones perpetuae* [Para una mejor comprensión de tales *quaestiones* ver lo escrito por SANTALUCÍA en su obra *Derecho penal Romano*, Editorial Centro de Estudios Ramón Acero S.A. Madrid 1990 y VENTURINI. C. *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*. Pisa 1996], no se atribuyó a ninguno de aquellos tribunales de jurado y es, sin embargo, el pretor quien los incluye en el círculo de la acción de injuria y, por lo tanto, dentro de un delito privado sujeto a un procedimiento privado. No obstante, en época de Augusto, se emana un senadoconsulto que volviendo -según este autor- a la concepción originaria de este delito, y se incluyen los cánticos y los escritos injuriosos entre los crímenes de lesa de majestad. Cfr sobre lesa de majestad: BAUMAN, *The crimen maiestatis in the roman republic and augustin principate*, Johannesburg y BAUMAN *Impiety in principem* München 1974 y su más reciente contribución al respecto BAUMAN, *Crimen and punishment in Ancient Rome*, Londres-Nueva York, 1996.

²⁴⁹ En ese caso, no tenía lugar la acción de injurias en los siguientes casos:

- 1.- Cuando el hecho lo hubiera realizado individuos no susceptibles de imputabilidad como lo locos o infantes.
- 2.- Cuando se realizaran actos cuyo fin no fuese violar el derecho. Era por consiguientes, lícito descubrir hechos nocivos, siempre que el fin con que se realizase fuera otro que el de deshonrar u ofender a alguien.
- 3.- En todos los casos en que se realizaran actos permitidos por el derecho, como cuando se ejercitara el derecho de punición doméstica y, en general, siempre que se tratara de castigos impuestos por el jefe de familia *paterfamilias* o cuando los magistrados castigaban dentro de sus atribuciones. Ni siquiera se admitía la injuria cuando el castigo se hubiese impuesto por error.
- 4.- También éste era el caso de la legítima defensa que dependía de las costumbres y en cada caso concreto, del intérprete de éstas, es decir el magistrado correspondiente. Así le fue denegada la acción a los banqueros por la injurias reales sufridas durante los juegos de azar, a los adúlteros contra todas la injurias sufridas.
- 5.- El consentimiento del agraviado excluía la acción.

concepto de reparación o indemnización del daño causado, no tenía por objeto más que lograr que se impusiese una pena, hubiera ésta de consistir bien en otro mal o dolor del reo, bien en una pena pecuniaria. La pena, según este autor²⁵⁰, era para los casos más graves de injuria admitidos por las XII Tablas la de mutilación, si se trataba de un individuo libre, el talión retributivo (*talio*); para los casos de lesiones corporales con fractura de hueso, una multa fija de 300 ases, si se trataba de un individuo libre y la mitad si de un esclavo; para todos los demás casos de injuria, bajo cuyo concepto entendería probablemente la ley todo hecho que consistiera en “poner encima la mano a un hombre libre”, una multa fija de 25 ases. Por tanto dentro del concepto amplio de *iniuria* que predica este autor habría una gradación en las injurias dependiendo de su gravedad y correlativa pena²⁵¹.

Tales disposiciones dejaron de ser adecuadas²⁵² para la situación posterior²⁵³. Se siguió, sin duda condenando al talión pero - según afirma este autor- es seguro que como consecuencia de ello, ya desde bien pronto, hubo de restringirse la facultad antigua de poderse uno tomar libremente la justicia por su mano haciendo que no se ejecutara la sentencia que condenaba al talión sino que en la mayor parte de los casos los tribunales mandasen sustituir dicho talión por un equivalente en dinero²⁵⁴. Del mismo modo se conminaron también con penas pecuniarias las demás injurias

²⁵⁰ MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*. cit p.493.

²⁵¹ Con especial minuciosidad es criticada esta configuración de las penas en PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* I, cit. p. 9ss.

²⁵² GELL. 20, 1, 12-14.

²⁵³ MOMMSEN habla de “nuevo estado de cosas” del que parece deducirse, no sólo una referencia al estado económico-social (cambio de una economía natural a una economía monetaria, devaluación del as...etc) sino quizá también a un cambio en estado jurídico-social que ya ha mencionado al entender que la limitación de la noción de *iniuria* a las solas lesiones corporales no pudo sostenerse y que “consuetudinariamente” se fue ampliando a las ofensas al honor y la condición jurídica; tal ampliación quizá tuviese su medio práctico en la intervención pretoria (como “el pretor al interpretar y aplicar las disposiciones de las XII Tablas las modificaba” MOMMSEN, *Derecho Penal Romano*. cit p 490.) hasta llegar a la *actio iniuriarum*. De ahí PS.5, 4, 6-8: *Iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est...*

²⁵⁴ GELL. 20, 1, 31-33.

enumeradas por la ley como aquellas otras que posteriormente fueron protegidas por una acción, gracias a la amplitud con que se interpretaban las disposiciones legales. Las penas fijas eran tan poco aplicables y tan poco aplicadas como el tali3n cuando cambiaron las relaciones sociales²⁵⁵. En las prescripciones jur3dicas de tiempos posteriores no se encuentran penas de este tipo²⁵⁶ sino que la regla general es que las multas impuestas (penas pecuniarias) se aplicaran tomando en consideraci3n las particulares circunstancias de cada caso²⁵⁷.

Se muestra un concepto amplio de *iniuria* que comprender3a un il3cito de *iniuriae* articulado en tres casos: *membrum ruptum*, *os fractum* e *iniuria* simple; ambos estar3an relacionados entre s3 por una gradaci3n en la gravedad y en correlativas penas. Se entiende as3 que las injurias graves son las penadas con tali3n (*membrum ruptum*), para los casos de lesiones corporales con fractura de hueso, una multa fija de 300 3 150 ases dependiendo de la condici3n del ofendido y para todos los dem3s casos de injuria, "todo hecho que consistiera en poner encima la mano a un hombre libre", una multa fija de 25 ases.

Esta teor3a constituye la tradici3n cl3sica seguida por los estudiosos m3s antiguos, y en los tiempos m3s recientes VON LÜBTOW²⁵⁸ y POLAY²⁵⁹, no obstante veremos c3mo la orientaci3n de la doctrina parece tender a restringir el sentido de *iniuria* en la 3poca decemviral a la exclusiva norma de *iniuria* simple e incluso a considerar que s3lo en esta 3poca el t3rmino *iniuria* no constituya

²⁵⁵ GELL. 20, 1, 13 referencia a la *poena aestimatio*.

²⁵⁶ Salvo alg3n caso aislado como en el edicto pretorio para el supuesto en el que el patrono fuese citado a juicio por el liberto.

²⁵⁷ *Aestimandis iniuriis*.

²⁵⁸ VON LÜBTOW, *Zum r3mischen Injurienrecht* en Labeo 15, 1969

²⁵⁹ POLAY, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986.

una noción jurídico-técnica y únicamente refiera la injusticia o el acto *contra ius*.

2.-TESIS DE PUGLIESE:

Dentro de esta tendencia a restringir el sentido de *iniuria* decenviral y siguiendo un modo más conforme al método histórico-crítico de interpretar la *iniuria* en las XII Tablas se encuentra la interpretación de PUGLIESE²⁶⁰. Este autor inicia su estudio planteándose las tres cuestiones fundamentales que deben entenderse para la comprensión del concepto originario de la *iniuria*: en primer lugar, si existe realmente una conexión sistemática entre la norma relativa a la así llamada *iniuria* simple y las normas sobre el *membrum ruptum* y el *os fractum*, en el sentido que estas dos figuras delictuosas sean comprendidas en la categoría de la *iniuria* y constituyan formas agravantes de ésta. Un segundo aspecto es el relacionado a la denominación del delito, porqué el delito del que se trata tiene el nombre técnico de *iniuria*, si es verdad que *iniuria* designa en la época histórica -conforme a su etimología- toda especie de tuerto o ilícito. Y por último, qué actos según las XII Tablas entran en el ámbito de la *iniuria* en un sentido estricto.

Los argumentos principales con los que responde a tales preguntas son:

a) Delitos distintos. -En primer lugar, PUGLIESE mantiene que es sustancialmente errónea la consideración de que, para el derecho de las XII Tablas, *membrum ruptum* y *os fractum* fuesen supuestos de la *iniuria*, y precisamente sus formas agravadas, como hemos visto que mantiene MOMMSEN. Se trata de delitos distintos, aunque

²⁶⁰ PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* I, Milano 1941, p. 1 ss.

tuviesen aspectos conexos y llegasen más tarde a fusionarse²⁶¹. Esta tesis tiene un precedente en la doctrina de VOIGT (*XII Tafeln*, Leipzig 1883, II p.520 quien cita a su vez a HERMANN, RICHTER y SCHNEIDER) que no menciona los argumentos de PUGLIESE y comprende al *membrum ruptum* y al *os fractum* en el presunto delito de *noxia nocita* y no en el de *iniuria* (WLASSAK, *Röm.Prozessgesetze*, Leipzig 1888). Una opinión todavía similar a la de PUGLIESE es enunciada por CORNIL en su obra *Ancien droit romain*, París-Bruxelles, 1930 donde no hay sin embargo huella alguna que demuestre sus argumentos concluyentemente según el propio PUGLIESE²⁶².

El hecho de que sean delitos distintos se argumenta por:

1. - Ni respecto a la *ossis fractio*²⁶³ ni a propósito de *membrum ruptio*, las XII Tablas hablan de *iniuria*. Aunque los intérpretes más tardíos²⁶⁴ describen la tercera norma como las *ceterae iniuriae*, el texto decemviral con las palabras “*si iniuriam (alteri) faxsit*” contempla una hipótesis del todo distinta a la enunciada con las palabras “*si os fregit*” o si “*membrum rupsit*”. Desde el punto de vista formal las normas no tienen nada en común. Por ello, y puesto que la unidad de las respectivas figuras delictuosas pudo existir, el hecho de que las fuentes jurídicas los presenten como elementos discriminatorios²⁶⁵ es importante, más aún, cuando esto se expresa – según PUGLIESE- en un ordenamiento como el de las XII Tablas, en el que no se puede hablar de una elaboración doctrinal por obra de la jurisprudencia²⁶⁶.

²⁶¹ Se supone la fusión en la época postdecemviral y con anterioridad a la *aestimatio iniuriis*.

²⁶² *Studi sull'iniuria* cit. p.5, nt.1.

²⁶³ Cuya norma se puede aproximadamente reconstruir por las palabras de PAULO en *Coll.* 2, 5, 5: “*si os fregit libero...*”

²⁶⁴ Gayo 3, 223.

²⁶⁵ Salvo en los textos de *Coll.* 2, 5, 5 y *PS.* 5, 4, 6 casualmente ambos textos atribuidos a Paulo.

²⁶⁶ No puede hablarse de una elaboración doctrinal si se admite que los textos son originales y en los términos justos de la norma decemviral, pero si se tiene en cuenta que tales referencias son dadas por juristas de épocas posteriores, es posible que sí pudieran adolecer de una elaboración doctrinal posterior con la que se expusiesen los preceptos decemvirales. No obstante esta apreciación, ello no condiciona

2. - Los delitos son distintos como manifiesta la propia naturaleza de las penas²⁶⁷. El culpable de la *membri ruptio* sufre el talión, quien ha causado *ossis fractio* debe pagar 300 ases (la mitad 150 si la víctima es un esclavo) y quien ha cometido una *iniuria* es castigado con la multa de 25 ases, por tanto, penas distintas o por la sustancia o por la entidad.

Naturalmente no se ignora que para numerosos delitos valorados por el derecho de forma unitaria son previstas penas diferentes, no sólo cuantitativamente sino cualitativamente²⁶⁸, pero aquí la diferencia de las penas no está dirigida a una represión más o menos intensa. El talión no es necesariamente una pena más grave que la multa de 25 ases sino que es –sobre todo– una pena más primitiva, que se remonta a otra fase de civilización. Asimismo, entre los 300 ases del *os fractum* y los 25 ases de la *iniuria* la desproporción es tremendamente profunda para que se pueda pensar en una simple diferencia de grado entre los dos delitos; éstos

que, en efecto, la redacción de los textos parezca enunciar delitos distintos.

²⁶⁷ PUGLIESE hace una muy correcta apreciación en torno al concepto de pena pecuniaria para su posterior teoría de la distinta naturaleza de éstas con el talión, y es que él considera los 300 ases previstos para el *os fractum* y los 25 ases de *iniuria* como pena en el sentido común de la palabra: no olvida su función originaria de rescate de la venganza, legalizada o no, y el valor sustitutivo, que éstos en cierto sentido conservan respecto a ésta. Estas sumas fueron objeto de una obligación del culpable, no de una simple facultad, como medio de evitar la venganza; por ello se aparta de la opinión de DE VISSCHER *Les origines de l'obligation ex delicto* en *Études de droit romain* París-Bruxelles 1931 quien aplaza bastante el surgir de estas obligaciones. PUGLIESE admite que en el caso de incumplimiento en el pago se ejercite contra el culpable la común *legis actio sacramento in personam* (análogamente BETTI *L'antitesi storica di iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio)* en *Riv.it.sc.giur* 1915) y en caso del incumplimiento del *iudicatum* la actuación de la *manus iniectio*; DE VISSCHER negaría en cambio la aplicabilidad de cualquiera acción contenciosa al no existir una obligación, y, faltando el pago de la suma de rescate, imaginaría la realización de la venganza, que debería necesariamente ser legalizada y consistir por lo tanto en el talión. Así la diferencia entre el régimen del *os fractum* y de la *iniuria*, por una parte y aquel del *membrum ruptum* por otra, se reduciría a la fijación o no de una tasa para el rescate, permaneciendo en todos los casos sustitutivo el talión. No tendría sentido que en una norma se diga “*si membrum rupsit ... talio esto*” y el rescate será previsto sólo como condición negativa expresa en un inciso (*ni cum eo pacit*), y en las otras normas en cambio no se hace mención del talión, de modo que la sanción del ilícito parece limitarse a los 25 o 300 ases que son indicados.

²⁶⁸ Así, la pena única de los delitos privados clásicos, a la fundamental uniformidad de las penas irrogadas en el proceso penal ordinario, en el que la condena puede ser, según el delito, pecuniaria o capital (muerte, más tarde *interdictio aquae et ignis*) se compara la multiplicidad de las medidas represivas de la *cognitio extra ordinem* como ya de la *coercitio*, de los derechos griegos (sobre todo en el caso de *αἰών τιμῆτος* unido a una acción pública) como de los ordenamientos modernos, multiplicidad el que el mismo delito puede ser atacado en el conjunto de sus formas concretas por una serie de medidas distintas.

pertenecen a dos distintos órdenes de gradación y la diferencia entre los respectivos delitos es, por tanto, sustancial.

Es aceptado que las penas de *os fractum*, de *membrum ruptum* y de la *iniuria* se sitúan en un momento distinto de la evolución histórica: aquélla del *membrum ruptum* mostraría el paso del ejercicio privado de la venganza, ya regulado en sus límites con el talión, a la pena pecuniaria (la composición pecuniaria de la *pactio*), mientras que aquélla del *os fractum* y la *iniuria* atestiguarían el resultado del proceso evolutivo hacia la pena pecuniaria fija. Admitiendo esto, PUGLIESE considera evidente la imposibilidad de unificar los tres delitos, porque de otro modo la transformación de las relativas penas no se habría realizado en momentos distintos²⁶⁹.

3. -Por último, la distinción de la *iniuria* del *membrum ruptum* y el *os fractum* se manifiesta bajo un tercer perfil, los sujetos pasivos del delito, las víctimas. Las fuentes nos dicen que la rotura de un hueso constituía un delito, para las XII Tablas, tanto en el caso en que fuese víctima un libre, como en el que la sufriese un esclavo. El delito no cambiaba su naturaleza y sólo era prevista en la segunda

²⁶⁹ LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano, 1934 considera que la *iniuria* ha sido penada desde el inicio con una pena pecuniaria de manera que el momento en el que surge jurídicamente tal delito se sitúa en una época relativamente tardía, no siendo concebible con anterioridad a una pena en dinero. Esta hipótesis no significa que antes de la fijación de la pena pecuniaria el delito permaneciese impune, sino que su represión no fuese regulada por el derecho sino de forma extralegal. Si se acepta la idea de APPLETON respecto al *membrum ruptum*, no como la ablación violenta de un miembro articulado o de un órgano -como se considera generalmente- sino como cualquier acto de violencia contra la persona que anula o turba permanente o temporalmente la normal funcionalidad de una parte del cuerpo, sin producir todavía la fractura de un hueso, en contrapunto a *membrum ruptum* y *os fractum*, *iniuria* es entonces aquel acto violento, que no produce lesiones y por esto no deja huellas externas. Por ello, la *iniuria* no puede ser penada legalmente con el talión. La falta de un signo aparente impedía un proceso de equivalencia. Además el talión tiene un significado en el campo de menoscabo físico, pero fuera de éste pierde su valor represivo: en materia de golpes, aún una bofetada puede ser vengada con otra bofetada, pero los reflejos morales, que resultan por las circunstancias externas, hacen difícil una verdadera equivalencia en el talión; incluso en otros casos sería absurdo, como en el supuesto recogido en TER. *Phormio* 983, en el que se trataba el acto de aferrar violentamente y retener por el cuerpo un individuo. Por tanto, la pena pecuniaria de la *iniuria* no se relaciona con un precedente talión; antes de ser castigada con una pena pecuniaria se debía tener una reacción libre y extrajurídica por parte de la víctima. Así la diferencia entre las penas dispuestas por las XII Tablas para la *iniuria*, el *os fractum* y el *membrum ruptum* resulta todavía más significativa: por un lado tenemos el talión y una pena pecuniaria desarrollada del talión, por otro, una pena pecuniaria que fue irrogada *ex novo* por un delito, que sería contemporáneamente configurando.

hipótesis una disminución de la pena. Para el *membrum ruptum* no se menciona nada, pero no se puede excluir *a priori* que fuese regido por el mismo principio, desde el momento que la pena del talión permitía adecuar la represión a la individualidad de la víctima. En cambio la *iniuria* no podía seguramente culpar a un esclavo, es decir, que permanecería impune un atentado de tal género sobre un esclavo. Esto resulta, según este autor y nos parece correcto, del hecho de que sólo en una época bastante tardía fueron castigadas las *iniuriae* sufridas por un esclavo tras la emanación de un edicto especial pretorio.

Por otra parte, incluso en tal periodo avanzado, no se tuvo una equivalencia entre la *iniuriae* contra un libre y las *iniuriae* contra un esclavo, puesto que, a parte del importe distinto de la pena, sólo por tales *iniuriae* más graves la promesa de la *actio* era incondicionada, mientras para las otras *iniuriae* era subordinada a la *causa cognitio*, de modo que la concesión era planteada caso por caso y no necesariamente en todos los casos²⁷⁰. Así, mientras el *ossis fractio* y presumiblemente también el *membri ruptio* eran reprimidos, de todos modos, en el caso que el lesionado fuese un esclavo, la *iniuria* podía ser dirigida sólo contra un libre. Este es un elemento muy importante a aducir como prueba de la distinción entre *iniuria*, *os fractum* y *membrum ruptum*²⁷¹.

²⁷⁰ No es posible que las cosas se desarrollasen de este modo, si ya en tiempo de las XII Tablas fuese establecida *iniuria* como tal incluyendo a los esclavos, porque transformándose la originaria pena fija de las XII Tablas en aquella *aestimatoria* perseguida mediante la *actio iniuriarum* formularia, sin duda el *dominus* habría estado autorizado a actuar en esta nueva norma como habría actuado en la precedente, de manera que ni se habría emanado un edicto especial en la materia y ni siquiera habrían existido tantas cautelas para la represión de las *iniuriae* menos graves. Ello se muestra en que así sucedió para las *iniuriae* dirigidas contra una persona *alieni iuris*, que no fue emanado ningún edicto y la *actio* del *pater familias* fue reconocida legítima por el simple desarrollo interpretativo de la norma general: evidentemente no era la imposibilidad jurídica de perseguir personalmente el delito lo que influyó – esto es la condición de sometido a potestad – sino la condición de libre o de esclavo.

²⁷¹ Otra diferencia notable entre los presupuestos del delito, vendría si se creyese el testimonio de Aulo GELIO (20,1,34) según el cual la *membri ruptio* habría sido penada independientemente de su voluntariedad, noticia que podría referirse también a la *ossis fractio*. En efecto, la *iniuria* en sentido propio no parece poder abrazar más que actos voluntarios: cuando no se penase la lesión física, sino el acto material contra la persona que no produce ninguna mermación, el acto es por definición voluntario y no se sabría atribuir relevancia a un acto imprudente. Sobre el tema véase conforme VOIGT *op.cit* II,

B) USO DEL TÉRMINO *INIURIA*.

El término de *iniuria* utilizado para denominar a ese delito distinto del *membrum ruptum* y del *os fractum* (ambas lesiones corporales), resulta -sin duda- singular, si se piensa que *iniuria* significa genéricamente antijuridicidad, injusticia, tuerto. Sin embargo, ello no supone que la misma palabra *iniuria* se remonte a dos distintas raíces, una que identifique los actos lesivos comprendidos en el delito del que tratamos y la otra que se refiera, en cambio, a la oposición al derecho en sí mismo²⁷². PUGLIESE mantiene que *iniuria* deriva de *ius* más la partícula negativa *in*²⁷³.

Esta etimología hace muy inverosímil, por una parte, que el significado general de injusticia, tuerto, ilícito sea históricamente posterior a un significado restringido, que se conectaría más íntimamente a la acepción técnica que a nosotros nos interesa²⁷⁴; y por otra, que el argumento de que la preexistencia del significado

p.520 ss. y GRUEBER *The roman law of damage to property* Oxford 1886,p.187 ss. distintamente IHERING, *Der Schuldmoment im röm Privarecht* en *Vermischte Schrift*, Leipzig 1879; KARLOWA *Röm.Rechtsgeschichte* II, HUSCHKE *Gaius* p.152 quienes atribuyen de varias maneras el requisito de la voluntariedad al *membrum ruptum* y al *os fractum* sin contestar, sin embargo, la historicidad de cuanto refiere Gelio. MOMMSEN, como ya hemos expuesto, entiende que respecto al propósito antijurídico con que dicha ofensa había de ejecutarse, era más que dudoso que las XII tablas exigieran la presencia del propósito o dolo para que hubiese *iniuria*, que se imponía pena a los autores de lesiones corporales casuales o accidentales -como por analogía sucedía en los casos de homicidio accidental- y que sólo posteriormente la *iniuria* no podía cometerse culposamente exigiéndose que la ofensa jurídica fuera intencionada. HUVELIN niega igualmente que la *iniuria* debiese ser voluntaria, observando que la noción de un elemento intencional es incompatible con el sistema represivo de la antigua civilización romana, como con aquel de todas las civilizaciones primitivas. Pero de este modo creemos que HUVELIN confunde la posibilidad de una distinción entre el acto voluntario y acto involuntario (culposo, imprudente, debido a fuerza mayor, etc) con la importancia del elemento intencional (dolo específico, *animus*). Si bien la relevancia del elemento intencional sea reciente (y en algunos casos clásica), ya las XII Tablas conocen aquella distinción, como prueba la tab. 8, 24 a. (“*si telum manu fugit, magis quam iecit...*”).

²⁷² Tesis mantenida por HUVELIN en *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain* en Mel, Appleton, Lyon-París 1903.

²⁷³ WALDE, *Latein. Etymologisches Wörterbuch* III, ed.reelaborada por Hofmann, Heidelberg 1937. BREAL ET BAILLY, *Dictionnaire étymol. Latin*, V ed. París 1902. ERNOUT et MEILLET *Dictionn.étymol de la langue lat.* París 1939.

²⁷⁴ HUSCHKE, *Gaius* p.150. Parecería extraño que *iniuria* hubiera designado primero una serie limitada de ilícitos, a los que con aquel término no se hubiera querido poner de relieve el elemento de la antijuridicidad, sino un elemento distinto, y que sólo en un período relativamente tardío los juristas y el pueblo hayan tenido conciencia de que la palabra *iniuria* podía significar toda especie de ilícito, de injusticia.

más amplio de *iniuria* habría debido conducir a calificar como *iniuria* a todos los delitos²⁷⁵.

PUGLIESE en contra de la doctrina de HUVELIN²⁷⁶ sobre la doble acepción de la palabra (genérica de injusticia y restringida de violencia), afirma que los textos de los que se sirve este autor para documentar la acepción de *iniuria* como acto de violencia, son contemporáneos a aquellos en los que *iniuria* recorre el significado de injusticia y tuerto y por tanto intentar ver en ésta la acepción más antigua es arbitrario²⁷⁷.

Por otra parte, la idea de que *iniuria* expresase originariamente la noción de violencia no es aceptable, puesto que no existen dos

²⁷⁵ Sobre el origen o uso de *iniuria* antes de las XII Tablas, si acoge o no todos los delitos -al menos los privados- hay que decir que si hubiese acogido todos los delitos, y después, hubiera sufrido una individualización propia, el término *iniuria* habría valido para la designación técnica de toda categoría, y en cambio, se nota que *iniuria* referida a los ilícitos en general, tiene un sentido no técnico mientras que, sin embargo, se encuentran otros términos técnicos como *delictum* o *maleficum*.

Es, por tanto, evidente que no todo delito tendría que haber entrado en la calificación de *iniuria* ya que así no se ha producido. En verdad, todos los delitos recogían una designación específica, porque se concretaban en un único acto exterior, que tenía ya un nombre particular en el lenguaje corriente, o porque llevaban a consecuencias uniformes y características; aunque podrían muy bien ya entonces ser cualificados “*iniuriae*” como lo fueron en el lenguaje más tardío, fuera de toda clasificación doctrinal. Esto haría concluir que en ningún otro sentido el término *iniuria* podría ser usado en la época de las XII Tablas, si no en aquel relativo al delito penado con los conocidos 25 ases, mientras que se sostiene que el término *iniuria*, en un sentido genérico, habría abrazado también actos extraños a la noción de aquel delito, si bien presentarían con éste un lado característico común.

²⁷⁶ HUVELIN, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain* en Mel, Appleton, Lyon-París 1903, como resultado del análisis de las fuentes literarias más antiguas (analiza 104 fragmentos, entre ellos sobre todo de las comedias de PLAUTO y TERENCE), cree poder afirmar que *iniuria* tenía dos acepciones distintas y “*même fort éloignées l'une de l'autre*”: en una acepción *iniuria* habría designado todo acto contrario a la justicia, a la equidad, y, en otra acepción, reputada la más antigua, ésta habría indicado simplemente un acto de violencia, que el autor no dice debiese siempre coincidir con el delito de *iniuria* y que comúnmente, en su interpretación presenta caracteres, que lo han excluido del ámbito de la *iniuria* técnica.

²⁷⁷ En numerosos textos *iniuria* viene yuxtapuesta a *vis*:

CIC. de inv. 2, 53, 161 “*vindicatio, per quam vis aut iniuria et omnino omne, quale obfuturum est, defendendo aut ulciscendo propulsatur*”; LIV. 7, 31, 3 “*...adversus vim atque iniuriam...*”; 8,33,4 “*...vim atque iniuriam dictatoris...*”; 8, 37, 4 “*...populos ab Samnitium vi atque iniuria defensos...*”; 9,34,3 “*...cuius vi atque iniuriis compulsi...*”; 10,11,13 “*ut ...vim atque iniuriam ab se Samnitium arceant*”; 10,45,5, “*ut se a vi atque iniuria communim hostium tutarentur*”; 26, 25,14 “*...adversus vim atque iniuriam...*”; 27,17,13 “*...hominum vim atque iniuriam pati...*”; 30, 42,5 “*...vi atque iniuria...*”; 34, 62,12. “*...vi atque iniuria pactum habere*”; LUCR. de rer.nat. 5,1139 (1150) “*circumretit enim vis atque iniuria quemque...*” SEN.nat.quaest. 6,9,1 “*...vi atque iniuria fecit*”. Estos fragmentos no parecen formar un argumento a favor de la tesis de que *iniuria* tuviese dos acepciones distintas, una de las cuales se refiriese específicamente a los actos de violencia, sin relación al elemento de la antijuridicidad (o injusticia o iniquidad).

raíces distintas de aquella palabra, sino una sola raíz, y ésta expresa la antítesis a *ius*, noción genérica y abstracta. Además es necesario apreciar que el elemento “violencia” se encuentra en supuestos distintos y no sólo en delitos, sino también en actos lícitos y que estos últimos casos no reciben nunca el nombre de *iniuria* (ejemplo de éstos son las formas arcaicas de autodefensa, de las que se han desarrollado las principales *legis actiones* y, en general, el ejercicio violento de las propias razones, que es todavía admitido en límites más o menos amplios durante toda la época clásica).

Iniuria, en palabras de PUGLIESE, “no es simplemente el acto violento, sino el acto violento injusto y ahora resulta claro cómo no es la violencia aquello que distingue los actos conocidos bajo el nombre de *iniuria*, sino la antijuridicidad”. El conocimiento de este significado etimológico no podía faltar a los antiguos Quirites, donde, si se quiere admitir que ésta designase una categoría limitada de ilícitos, es necesario presuponer que éstos tuviesen tales caracteres, que les diesen un relieve particular desde el punto de vista de la antijuridicidad²⁷⁸.

Por tanto no hay lugar para una acepción más restringida relativa exclusivamente a los actos violentos, lo que no induce a creer

²⁷⁸La violencia no presenta en sí nada relevante desde este perfil, no sólo porque un delito al menos igual que antiguo e importante que las lesiones físicas, el hurto flagrante, no la recogía entre sus elementos constitutivos, incluso porque el homicidio está fuera de la *iniuria* y están fuera, al menos terminológicamente, como se ha mostrado, las más graves lesiones físicas, como el *membrum ruptum* y el *os fractum*.

Además el argumento de HUVELIN según el cual una de las dos acepciones de *iniuria* se correspondería con los actos violentos es rebatido puesto que los 104 fragmentos más antiguos adoptados por HUVELIN, el *Thesaurus linguae latinae*, fragmentos jurídicos, literarios y epigráficos, en los que aparece el término *iniuria* llevan a PUGLIESE a afirmar que: “*iniuria* se encuentra en las conexiones más variadas y en referencia a los actos más diversos, pero que sus significados se reagrupan entorno a pocas ideas generales, unidas lógicamente unas de las otras: *iniuria* designa a veces la injusticia en sentido abstracto, más a menudo el acto que lesiona económicamente, físicamente o moralmente una persona y es contrario al derecho, a la justicia ideal o a la equidad, correlativamente el resultado de este acto, esto es, la lesión económica (daño), física (lesión en sentido estricto), moral (ofensa), en definitiva el elemento de la antijuridicidad (o de la iniquidad o de la inmoralidad), que caracteriza la lesión o cualifica el acto”. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*.cit, p. 18. Es digno de relieve que el término italiano *torto* puede reproducir casi fielmente las acepciones de *iniuria*: en efecto “torto” (tuerto) indica tanto el acto lesivo cuanto la lesión cuanto técnicamente el elemento abstracto de la oposición al derecho.

que no sean recogidos bajo el nombre de *iniuria* también tales actos. No es necesario deducir –en contra de HUVELIN– que *iniuria* en uno de sus sentidos indique específicamente las manifestaciones de violencia, sino que sólo éstas pueden entrar, y entran, en la categoría general de los actos lesivos e injustos. Queda, por lo tanto, excluido que la violencia pueda ser incluida intrínsecamente como especie típica u originaria de *iniuria*.

La *iniuria* no tiene una acepción de acto violento sino de acto ilícito o antijurídico. Desde esta etimología genérica de acto *contra ius* se llega –según este autor– a una acepción particular de *iniuria*, ya que sólo algunos actos reciben esta denominación técnica, mientras otros ilícitos tienen su propio nombre. Son aquellos actos que reciben dicha denominación a causa del carácter especial asumido por su ilicitud, es decir, aquellos ilícitos por antonomasia²⁷⁹. Pero los caracteres que asumían esos singulares actos lesivos para que su licitud se reflejase a través de su nombre, el origen y la justificación de una semejante singular calificación no son fácilmente determinables. No es posible suponer que se encontrase en aquel delito una antijuridicidad más pronunciada que no en otros delitos, ya que, por ejemplo, la pena establecida por los Decemvros es relativamente tenue²⁸⁰; y por otra parte, nada hace creer que la *iniuria* constituyese una antijuridicidad típica, pues al contrario, se trata del delito menos precisado en sus extremos, los cuales por lo tanto no muestran ninguna peculiaridad apta para tipificar el ilícito.

²⁷⁹ Junto al significado técnico de *iniuria* existió, ya en los tiempos de las XII Tablas, el significado genérico antes enunciado. Una coexistencia del significado genérico con el significado técnico de *iniuria* no debería haber encontrado obstáculo y es, por tanto, posible:

a) Basta pensar en la fórmula pronunciada por el autor en la *legis actio sacramento in rem* después de la *contra vindicatio*: *quanto tu iniuria vindicavisti, D aeris sacramento te provoco*, fórmula que puede remontarse a la época de las XII Tablas como medio procesal.

b) La observación que la rigurosa precisión del lenguaje de las XII Tablas no habría permitido que una palabra fuese utilizada en dos distintos sentidos como afirma Maschke.

²⁸⁰ Según CIC *de re*, 2,35 y LIV, 30, 3 la *Lex Poetelia Papiria* del 326 a.C. transformó las multas públicas que tenían por objeto cabezas de ganado en multas pecuniarias sobre la base de 10 ases por un carnero. Así la pena de la *iniuria* había correspondido ahora a dos carneros y medio, aquella del *os fractum* a 3 bueyes, calculándose 100 ases por buey.

Por ello apoyándose en LUZZATO²⁸¹ afirma PUGLIESE que, tanto la falta de apariencia externa como la indeterminación²⁸² de los actos en los que el delito se concretaba, han hecho imposible que el delito derivase el nombre del efecto lesivo que produjese o un acto material típico con el que se realizase, y no han permitido así otra denominación que aquélla de acto antijurídico no cualificado, de *iniuria*. Ésta es la conjetura que acoge con mayor aproximación la esencia del fenómeno verificándose en relación con algunas especies de delitos contra la persona.

Siguiendo esta hipótesis inevitablemente hay que separar *membrum ruptum* y *os fractum* de la *iniuria* considerándolos delitos distintos de ésta²⁸³. Si hubiesen entrado éstos en la categoría jurídica de aquellos actos lesivos, el delito correspondiente no habría podido llevar el nombre de *iniuria* ya que la tipicidad de la lesión corporal por éstos producida habría hecho desaparecer la generalidad del ilícito y se habría tenido un signo exterior característico apto para cualificarlo. Según PUGLIESE las acciones delictuosas reprimidas por los decemvros con la pena de 25 ases no constituyen, como suele decirse, la forma no cualificada de *iniuria* en antítesis a las formas cualificadas, sino la única forma de *iniuria*, la *iniuria* sin duda.

C) CONTENIDO DE LA INIURIA

²⁸¹ LUZZATO, *Per un'ipotesi sulle origini*.. cit. considera que la *iniuria* comprende: “*che non assume alcuna figura particolare da cui derivare la sua denominazione e nello stesso tempo una influenza estrinseca, diviene quindi la contrarietà al diritto per antonomasia a distinzione delle altre infrazioni, in cui tale contrarietà assume una determinata figura concreta*”.

²⁸² Sin querer anticipar el examen de la cuestión relativa al contenido de la *iniuria* se puede decir que los actos no sólo no son especificados en la ley, sino son muy difícilmente determinables, dada su disparidad. Ciertos son entre ellos las bofetadas, los golpes, los bastonazos, las fustigaciones, en cuanto no provocan una lesión que represente el elemento del delito distinto de *membra ruptio*, pero posiblemente pueden añadirse también otros ataques a la persona que podrían recaer en la categoría ya bastante genérica de los golpes.

²⁸³ Ninguna fuente nos dice que en el derecho de las XII Tablas *membrum ruptum* y *os fractum* fuesen cualificados *iniuriae*, aunque se haya realizado posteriormente una fusión con la *iniuria*, el significado etimológico de este término genérico que podría incluirlos (*iniuria*-injusticia) y los motivos de su referencia a una determinada categoría de ilícitos (violentos).

Considerada la *iniuria* como delito independiente del *membrum ruptum* y el *os fractum*, en el que se incluye una noción genérica de injusticia, que caracteriza al delito por la antijuridicidad y no por la violencia, para determinar el contenido de éste en las XII Tablas, se ha de acudir a indicios para dar fundamento a los intentos de reconstrucción, ya que tratándose de un delito tan poco específico - en el que se pena la ilicitud-, no se puede esperar encontrar un testimonio concluyente en las fuentes.

Los indicios que se aportan son tanto el texto de Gelio 20,1,13, las palabras de Gayo, 3, 220, la fusión con el *membrum ruptum* y *os fractum* así como textos de Plauto y Terencio. De este modo, se perfila el contenido de la *iniuria* en las XII Tablas como actos materiales contra la persona. Sin embargo, para delinear correctamente los límites de este delito, se ha de definir el ámbito de aplicación de la *membrum ruptum* y el *os fractum* puesto que se han excluido del ámbito de ésta.

De este modo PUGLIESE define individualmente las tres normas:

1.- M.RUPTIO: Rebatiendo la tesis de HUVELIN por la que el *membrum ruptum* significa extirpación o remoción violenta de una parte del cuerpo y que su efecto sea por lo tanto la mutilación, admite la teoría de APPLETON quien desde 1903 sostiene que *membrum ruptum* era simplemente un miembro lesionado, deteriorado²⁸⁴. Entiende que el término *rumpere* va unido al significado como dañado o destruido, junto con diversas raíces de

²⁸⁴ Así lo mantiene en *Le testament romain*, extr. de la *Revue general du droit* París 1903. *Nature et antiquité des leges XII tabularum*, en *Atti del Congresso internazionale di scienze storiche*, vol.IX Roma 1904 y especialmente *Note enseignement de droit romain* en Mel. Cornil. Gand-París 1925. Se adhiere CORNIL, *Ancien droit romain*.

múltiples idiomas en los que se incluyen roto, dañado, romper, arrancar²⁸⁵ ... de esta forma admite el significado de “*rumpere*” como deteriorar materialmente una cosa o una parte del cuerpo humano, dañarla mediante una acción física, en principio violenta. En este sentido etimológico, el significado de “*rumperit*” en la *Lex Aquilia*²⁸⁶ añade la posibilidad de entender *rumpere* como deterioro. Los *veteres* equiparan “*rupeit*” a “*corruperit*” y Celso pone algunos ejemplos de ese *corruperit* a su vez²⁸⁷. Por tanto muestra un concepto más amplio que tiende a reprimir toda lesión a la persona física de un hombre libre y entiende por *membri ruptio* cualquier lesión física, que no implica la fractura de un hueso y turba o anula, temporal o permanentemente, la normal funcionalidad de un miembro o de un órgano. Son, pues, los atentados a la persona física que provocan la minoración, la destrucción, la ablación de un miembro o de un órgano.

2.-O. FRACTIO: comprende una acción que, si bien se refiere a un típico caso de *m.ruptio*, es considerada autónomamente porque, para ésta es prevista la pena pecuniaria resarcitoria. Es una lesión física que tiene una gravedad uniforme y punible con una pena fija.

3.-INIURIA SEMPLICE: el objeto de tab.8.4 se precisa suponiendo que la *iniuria* comprende todos los actos violentos injustos dirigidos contra una persona libre, que no recaen bajo lo dispuesto en las dos normas precedentes. Tales actos son designados con el término *iniuria* por el hecho de que faltan modalidades y

²⁸⁵ “*rumpere*” viene unido tanto a “*ropaiato*”= corta, destroza, cuanto a “*lupta-h*” = roto, dañado, cuanto a “*ripyati*” = ha arañado, rasguñado, dolores en el cuerpo; así al anglosajón “*reofan*” y al antiguo irlandés “*riufa*” = romper, arrancar, como al lituano “*ruperi*”= afanarse, afligirse por algo.

²⁸⁶ “*Si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit iniuria...*” (Ulpiano. D.9, 2, 27, 5)

²⁸⁷ D. 9, 2, 27, 10; Coll. 2, 4, 1: *Ulpianus 19 ad edictum*

Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgis vel loris vel pugnīs caedit, vel telo quoque alio vis genere sciderit hominis corpus vel tumorem fecerit: sed ita demum, si damnum datum est. Ceterum si nullo servum pretio viliorē deterioreme fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum. Ergo et si pretio quidem non sit deterior factus servus, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt, in haec nec mihi videri damni Aquilia lege agi posse.

manifestaciones externas particulares y comunes²⁸⁸. La *iniuria* comprendería, así, todas aquellos actos de violencia que no producen ni un *ossis fractio* ni una *membri ruptio* y que son considerados como una categoría heterogénea.

Iniuria, por lo tanto, para PUGLIESE presenta el genérico significado abstracto de tuerto y no sería concebible la idea de una duplicidad de significados, uno abstracto, relacionable al radical de la palabra y otro concreto, el de acto de violencia inducido por la exigencia de interpretación de la tabla 8.4. La interpretación de PUGLIESE refuta la posible dualidad de significados de *iniuria* - enunciada por HUVELIN- distingue la existencia de tres delitos perfectamente delimitadas entre sí, asigna a la *m.ruptio* una esfera de aplicación más amplia respecto al tradicional modo de entenderla y recoge en el término *iniuria* los actos violentos injustos dirigidos contra una persona libre.

La teoría de este autor que, en gran medida compartimos, ha sido criticada más recientemente por MANFREDINI²⁸⁹ quien considera insatisfactoria la precisión del contenido de la tabla 8, 4 a través de la atribución a la *iniuria* prevista en dicha norma, del común y abstracto significado de ilícito, tuerto o injusticia.

Según este autor, toda reconstrucción del objeto de tab.8, 4 sobre el presupuesto de que tal objeto sea expresado por la locución "*facere iniuriam*" donde *iniuria* presente el abstracto significado de ilícito o tuerto no es satisfactoria, porque es bastante improbable que los decemvros hayan dispuesto la represión de específicas acciones ilícitas designándolas con un término que no las identifica inmediatamente (acciones que serían, según hemos referido

²⁸⁸ *Studi sull'iniuria* cit. p.20 ss donde se reclama la análoga opinión de LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, Milano 1934 p.183 ss.

²⁸⁹ MANFREDINI, *Contributo allo studi dell'iniuria*, cit. p.16 ss.

PUGLIESE, determinadas por exclusión en el ámbito de los actos de violencia que no dieran lugar a una *m.ruptio* y *o.fractio*). No se comprende claramente entonces la razón por la que el antiguo legislador, no pudiendo definir el ilícito con un término preciso que indique los efectos lesivos (como en el supuesto de la *m. ruptio* y de la *o. fractio*) ya que eran inexistentes o invisibles, no haya considerado las acciones mismas y, por lo tanto, atribuido su nombre a aquél del ilícito considerado, en vez de un concepto genérico de injusticia.

De esta manera, siguiendo el pensamiento de PUGLIESE, si con la norma *si iniuriam alteri faxit...* se ha más o menos reprimido las bofetadas y similares ataques a la persona que no provocaban daños en el cuerpo, no comprende MANFREDINI porqué el legislador no ha usado términos como *verberare*, *percutere* y *pulsare*, que exactamente expresan el hecho causal y no el efecto. Creemos, si embargo, que es de apreciar que si así se hubiera hecho, sólo se reprimirían los actos violentos en sí mismos, el golpe como en las prescripciones griegas -las *πληγαι*- pero parece que la noción de *iniuria* no sólo incluiría el golpe en sentido propio, sino que tendría un sentido más amplio para comprender todos los atentados a la persona física distintos de las figuras específicas del homicidio, *ossis fractio*, *membri ruptio*, sin recurrir a la circunstancia de que revistan o no la forma de golpes. Tiene asimismo el propio concepto de *iniuria* un sentido moral referido en su significado etimológico *contra ius -ius* que en la época arcaica en la que se menciona no puede determinarse, como veremos, un total deslindamiento con los valores religiosos y morales- que, por tanto, atribuye una connotación de ilicitud que no sería manifestada si sólo se mencionasen las acciones violentas tales como *verberare*, *percutere* o *pulsare*.

De modo semejante, se critica que la necesidad de recurrir, para determinar el contenido de tab. 8, 4, a las nociones de *m.ruptio*

y o. *fractio*, destruye la predicada autonomía entre las normas y que dicha necesidad implica manifiestamente la existencia de una relación. Al respecto debemos apreciar que si bien PUGLIESE acude a delimitar -como nosotros haremos- la noción de *iniuria* con la exclusión de los actos que constituyen otros ilícitos, principalmente el *membrum ruptum* y *os fractum*, básicamente lo hace para rebatir la teoría precedente de unidad de las tres figuras. De igual modo, hay que afirmar que una delimitación por exclusión no significa que se destruya la independencia de las normas, sobre todo, cuando PUGLIESE además de delimitar excluyendo el *membrum ruptum* y el *os fractum*, establece del mismo modo los límites de la *iniuria* arcaica dejando fuera también la privación violenta de libertad y del estupro. Y no por ello se puede afirmar que la *iniuria* dependiese de éstos.

3.-TESIS DE DI PAOLA²⁹⁰.-

Este autor aceptando las líneas esenciales de la tesis de PUGLIESE (inexistencia en las XII Tablas de una noción técnica de *iniuria* que abrace las tablas 8.2, 8.3 y 8.4; significado abstracto de *iniuria* de tabla 8.4 e independencia de los tres preceptos) ofrece soluciones particulares respecto a la determinación del contenido de estas normas.

Para este autor la noción de *m. ruptio* ocupa una posición intermedia entre aquélla restrictiva de HUVELIN²⁹¹ avulsión de un miembro articulado y aquélla más amplia de APPLETON²⁹² acogida por PUGLIESE (toda forma de daño físico, desde el caso extremo de avulsión de un miembro articulado a la más leve herida): ésta comprende aquellas lesiones que determinan la pérdida permanente

²⁹⁰ DI PAOLA, *La genesi storica del delitto di iniuria* en Ann. Catania 1, (1946-47) p.268 ss

²⁹¹ HUVELIN, *La notion* cit. P.9 ss.

²⁹² APPLETON, *Notre enseignement du droit romain, ses ennemis et ses défauts* en Mel. Cornil I, Gand-París 1926 p.51 ss donde retoma la tesis ya formulada en *Le testament romain* París 1903 p.23 nt.3 y en *Nature et antiquité des leges XII tabularum* en Atti cong. Inter. scien. Stor., IX Roma 1904 p.31 nt.1.

de la funcionalidad de un órgano. Se centraría pues la distinción en la funcionalidad del órgano lesionado. La norma sobre la *o.fractio* se refiere a la fractura de un hueso que no deja huella sobre la normal funcionalidad del mismo²⁹³. En definitiva, el contenido de la norma *si iniuriam alteri faxit...* se sitúa en el ámbito de los actos de violencia a la persona, con exclusión de aquellos que caen en la previsión de las otras dos normas, o bien comprende todo acto de violencia distinto de una *m.ruptio* y *o.fractio*, incluida la herida²⁹⁴. No obstante, debemos advertir en contra de este autor que no se puede pensar que las heridas, incluso gravísimas, porque no comportasen una lesión permanente a la funcionalidad de un órgano o la fractura de un hueso, fuesen tratadas del mismo modo que los simples golpes.

Pero la idea más original desarrollada por este autor está relacionada con el origen de la norma contenida en la tabla 8.4 que se considera por primera vez regulado en las XII Tablas y, por lo tanto, más reciente respecto a aquéllas previstas por las tablas 8.2 y 8.3. Esto hace suponer al autor que el delito de *iniuria* procede de la esfera del *ius* en lugar de aquélla del *fas*, de la que derivarían la *m.ruptio* y *o.fractio* y así, de este modo, se explicaría la denominación *iniuria*.

Esta teoría creemos que es errónea en primer lugar porque no parece concebible la represión de ilícitos como las lesiones corporales

²⁹³ DI PAOLA observa la indeterminación de la denominación *o. fractio* ya que puede comprender casos de diversa gravedad y añade para justificar la pena fija que se trata de un ilícito menos grave de la *m.ruptio* y que el talión es siempre pena más grave respecto a 300 ases. No es posible demostrar (y esto no es conseguido ni siquiera por WITTMANN *Die Korperverletzung* cit., p.3 ss quien ha asumido con convicción esta tesis) que el talión sea una pena más grave *in magna veterum paupertate* (I. 4, 4, 7) que la pena de 300 ases, por ejemplo, respecto a la fractura de un dedo. En este sentido, por último WATSON *Personal injuries*, cit, p.216.

²⁹⁴Verdad es, como afirma MANFREDINI, que las heridas constituyen el obstáculo mayor para concebir la *m.ruptio* en sentido restringido; obstáculo que ha llevado a suponer la caída de una norma que las previese expresamente vid. BINDING *Rechtsvergleichende Vermutungen zu membrum ruptum os fractum und iniuria der Lex XII tabularum* en ZSS 40 (1919) p.106 ss; o a concebir tab.8.4 como destinada a regular sólo las heridas leves vid WITTMANN *Die Korperverletzung*, cit, p.9 ss.

como la *membrum ruptum* y la *os fractum* como violaciones de un orden divino, *nefas*²⁹⁵.

Y en segundo lugar porque es justamente criticada la contraposición conceptual y cronológica entre *fas* entendido como norma divina anterior y *ius* entendida como norma humana²⁹⁶.

En la época arcaica de Roma, como en toda experiencia primitiva, la base de las relaciones humanas son siempre valores religiosos²⁹⁷. Toda acción es relacionada a esos valores. El sentido de lo divino presente en una dimensión oscura y misteriosa más propiamente deística²⁹⁸, es lo que lleva a actuar de una determinada manera y caracteriza a la sociedad que se rige por el sentido de lo mágico y de lo sacro. Y el derecho, en su aspecto más natural, aparece como un conjunto de relaciones con la divinidad o intersubjetivas en torno a lo divino, de donde surge la idea de la licitud de la obligatoriedad y de la autoridad²⁹⁹.

En una sociedad en la que dominan tales concepciones, no puede entenderse que exista una distinción nítida entre el derecho divino y el derecho humano -como la entiende DI PAOLA-, entre los

²⁹⁵ Del concepto de *fas* en sentido técnico-religioso formarían parte todo el amplio conjunto de deberes encuadrables en el ámbito de lo sacro (*ius sacrum*) o de lo religioso (*ius religiosum*) y los ritos y prescripciones propias de los colegios sacerdotales de los pontífices, los feciales y los augures, que constituyen el *ius pontificium*, el *ius fetiale* y el *ius augurale*. El incumplimiento de las disposiciones emanadas de estos colegios, o bien la no formulación o inobservancia de las palabras, frases o gestos predeterminados suponía no sólo una ofensa a la divinidad (*nefas*) sino también la invalidez de la correspondiente actuación. FERNANDEZ DE BUJAN, A. *Conceptos y Dicotomías del ius*, Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, número 3, 2000.

²⁹⁶ MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano 1977. BEDUSCHI *Osservazioni sulle nozioni originali di fas e ius* en RISG 10 (1935) p.209 ss; GUARINO *L'ordinamento giuridico romano* Napoli 1959 p.36ss; COLI *Regnum* en Scritti di diritto romano I, Milano 1973 p.438 ss y SDHI 17 (1951); Sostienen el significado de *ius* como rito SANTORO *Potere ed azione nell'antico diritto romano* en Ann. Palermo 30 (1967) p.202 ss y CERAMI *Strutture costituzionali romane e irrituale assunzione di pubblici uffici* en Ann. Palermo 31 (1969) p.149 ss.

²⁹⁷ Sobre las concepciones de la más antigua religión romana: DUMEZIL *La religion romaine archaïque* París 1966.p.29 ss; LATTE *Romische Religionsgeschichte*, München 1967, p.38 ss.

²⁹⁸ DE FRANCESI *Arcana imperii* II, 1 Milano 1948 p.130 ss; GIOFFREDI *Religione e diritto nella più antica esperienza romana* en SDHI 20 (1954) p.259 ss; *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane* Roma 1955, p.2; CATALANO *Contributi allo studio del diritto augurale* I, Torino 1960, p.106 ss.

²⁹⁹ MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria*, cit. 32 ss.

dos diversos órdenes normativos rígidamente independientes y cronológicamente diferenciados. Podemos decir con FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.³⁰⁰ que en los primeros tiempos de la comunidad política romana se produce, al igual que sucede en los demás pueblos mediterráneos de la época, una acusada interrelación entre normas jurídicas, preceptos religiosos, valores morales y usos y costumbres. La primitiva indiferenciación entre Derecho, religión, moral y costumbre, dará paso a un progresivo deslindamiento entre las respectivas esferas y es de destacar la precocidad y lucidez del pueblo romano en esta materia en relación con las comunidades vecinas³⁰¹. En Roma el proceso de laicización del derecho es lento y complejo. Fue un proceso de siglos, aunque cabe señalar una serie de hitos fundamentales³⁰², que concluye con la separación, a grandes rasgos, entre Derecho (en el que se incluyen el *ius*, la *lex* y la costumbre), religión y moral, a lo largo de la República avanzada³⁰³. A esta etapa se remonta el conocido texto de Isidoro de Sevilla (*Orígenes*, 5.2.1): *Fas lex divina est, ius lex humana est*³⁰⁴.

A ello hay que añadir que *Fas* y *Ius* son términos utilizados en las más antiguas fuentes de las que tenemos noticia³⁰⁵ y que tal utilización habría identificando sus significados. Para la época primitiva, los textos parecen identificar *ius* y *fas*, cuando para referirse a una conducta lícita utilizan indistintamente las expresiones

³⁰⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano*, 11ª ed Civitas, Madrid 2008. cit. capt. XVIII.

³⁰¹ En este sentido, SCHULZ, *I principii del diritto romano*, Roma 1946, pp. 16 ss.

³⁰² Uno de ellos es la publicación de las XII tablas que conforme afirma ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ *De los delitos y de las acciones en la ley de las XII Tablas*, Universidad de Málaga 1988, p.19, las XII tablas no sólo establecieron la base sobre la que se gestó la igualdad de clases en la Roma primitiva, sino que además constituyen el punto de partida para la laicización del derecho, laicización íntimamente conectada con las pretensiones plebeyas y extremo importantísimo desde el punto de vista jurídico.

³⁰³ Vid. LÉVY-BRUHL, *Sur la Lainization du droit à Rome*, RIDA, 6, 1951, pp.; VOGLI, *Diritto romano in età arcaica*, SDHI, 19, 1953, pp. 38 ss; GIOFFREDI, *Religione e diritto nella piu antica esperienza romana*, SDHI, 20, 1954, pp. 259 ss.

³⁰⁴ *Orígenes* 5,2,1.

³⁰⁵ Sobre la etimología de los términos *ius* y *fas* s.v: *Thesaurus Linguae latinae, Vocabularium Iurisprudentiae Romanae, Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, ed. DAREMBERG y SAGLIO y *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, de BERGER.

ius est o *fas est* o cuando emplean, también indistintamente *ius non est* o *fas non est* para aludir a una actuación no lícita³⁰⁶. Sin embargo, según FERNÁNDEZ DE BUJÁN. A, ni tan siquiera en esos primeros tiempos, se habría producido un grado tal de identificación. Parece, eso sí, probable que la idea religiosa, el *fas* en todas sus manifestaciones, incluyera en su seno el *ius*, pero éste tendría, en líneas generales, un contenido diferente, dado que se correspondería con la regulación de las relaciones interpersonales, y sería la violación de sus disposiciones lo que constituiría una *iniuria* (un actuar contra el *ius*: *in-ius*), si bien la interpretación y la aplicación del *ius*, correspondería a los pontífices y la idea religiosa informaría la estructura y los efectos de importantes instituciones jurídicas, cuya violación no sólo constituiría, en estos casos, una actuación contra el *ius* (*ius non est*, *iniuria*), sino también contra el *fas* (*fas non est*, *nefas*): así por ejemplo, el juramento (*iusiurandum*), el matrimonio religioso (*confarreatio*), el divorcio en un matrimonio religioso (*diffarreatio*), un tipo especial de adopción (*adrogatio*), la sucesión en los dioses familiares (*sacra familiaria*), el contrato verbal de *sponsio*, la profanación de los sepulcros o de otros lugares religiosos, el matrimonio incestuoso, etc.

Se podrían hablar pues –según este autor- de un núcleo amplio de disposiciones laicas del primitivo *ius*, cuyo desconocimiento constituiría una *iniuria*, un *ius non est*, y un núcleo reducido de disposiciones religiosas del *ius*, cuyo incumplimiento además de *iniuria*, constituiría un acto de *nefas*, sancionado con mayor severidad³⁰⁷.

³⁰⁶ Sobre la dicotomía *ius-fas*: ORESTANO, *Dal ius al fas*, en BIDR, 46, 1940, pp. 194 y ss. KASER, *Das altrömische ius*, Göttingen, 1949, GIOFFREDI, *Ius-lex-Praetor*, SDHI, 13-14, 1946-47; NOAILLES, *Fas et Ius*, Etudes de Droit Romain, París, 1948. GUARINO, *Le origine quiritarie*. Raccolta di scritti romanistici, Nápoles, 1973.

³⁰⁷ BEDUSCHI, *Osservazioni sulle nozioni originali di "fas" e "ius"*, Revista Italiana Scienze Giuridiche, nueva serie, 10, 1935. KASER, *Zum ius Begriff der Römer*, Acta Jurídica, 1977, pp. 63 ss. GUARINO, *L'Ordinamento Giuridico Romano*, Napoli 1980 pp. 88-109.

Como vemos no es pacífico el debate sobre la etimología de estas palabras, aunque parece probable su originaria significación religiosa. Según MANFREDINI explicar la presencia de dos términos – *ius* y *fas*– que teniendo una raíz distinta y en una época en que el patrimonio lingüístico es relativamente escaso, es difícil puesto que parecen tener el mismo significado. Por ello, creer que este común significado se haya producido por un fenómeno en el que se ha acumulado idénticas concepciones pero de lenguas distintas³⁰⁸ es aún mucho más difícil.

Las expresiones *ius* y *fas*, sólo en época tardía y a fuerza de la reflexión jurisprudencial, habrían designado el derecho humano y el divino conforme reza el texto de Isidoro de Sevilla³⁰⁹. Muy probablemente –según afirma MANFREDINI– en antiguo, estas locuciones, en la forma predicativa y con un valor anticipado han cualificado, bajo el perfil de la licitud³¹⁰ –el deber ser– la correspondencia de una acción u otro hecho natural a un determinado orden de valores³¹¹. Pero no han designado, con significado sustantivo, el orden mismo³¹². El más remoto significado de *ius* no es aquél de norma humana sino que desarrolla la conformidad al deber ser de preceptos, tanto de naturaleza sacral como de carácter más concretamente laico.

³⁰⁸ Cfr. VAN DEN BRINK *Ius fasque* Amsterdam 1969 en Labeo 16 (1970) p.140 quien pone el acento sobre la fase precitadana en que se habría realizado la fusión latinosabina.

³⁰⁹ Orígenes, 5.2.1

³¹⁰ ORESTANO *Dal ius al fas* en BIRD 5 (1939) p.194 ss; *I Fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica* Torino 1967 p.99 ss.

³¹¹ Interpretación de esta licitud que corresponde a los sacerdotes. Como afirma FERNANDEZ DE BUJAN, los sacerdotes, como intérpretes de la voluntad de los dioses –a través de signos observables en la naturaleza, interpretados con amplia discrecionalidad en sus orígenes y de forma más reglada con posterioridad– e intermediarios entre los dioses y los hombres, asumen un importante protagonismo en la realidad cotidiana de la comunidad romana: a ellos correspondía la valoración de lo justo (*ius-fas*) y de lo injusto (*iniuria-nefas*).

³¹² El término latino *ius* equivaldría a los que hoy entendemos por ordenamiento jurídico en la Roma ya clásica conforme afirma FERNANDEZ DE BUJÁN. *Dicotomías del ius*. cit.

De este modo, el más antiguo significado de *ius* que se ha mostrado sería idóneo para acoger diferentes órdenes de valores: mágicos, religiosos o laicos. Así es inexistente el problema de la participación de *ius* en la esfera sacral³¹³, ya que éste surge cuando se concibe el más antiguo concepto de *ius* como conjunto de normas laicas de naturaleza humana, cuando se tiene la opinión de que el más antiguo significado de *ius* es aquél de norma, orden normativo, posterior al *fas*³¹⁴. Frente a esta afirmación se han de argumentar tres testimonios –propuestos por MANFREDINI– que constituyen los documentos más antiguos en torno al uso de *ius* y derivados (adjetivo *iustus* y adverbio *iure*) en la esfera sacral:

1. - Gelio 1,12,14 citando a Fabio Pictor muestra esta fórmula de toma de la vestal:

...Sacerdotem Vestalem, quae sacra faciat, quae ius siet sacerdotem Vestalem facere pro populo Romano Quiritibus, uti quae optima lege fuit, ita, te, Amata, capio.

2. - La plegaria, referida por CATÓN, que debe ser proferida por parte de quien debe cortar leña de un bosque y a la cual se acompaña el *porco piaculo facere*:

Cat. Agr. 139: *...Si deus , si dea es quouium illud sacrum est, uti tibi ius siet porco piaculo facere illiusce sacri coercendi ergo. Harumce rerum ergo sive quis ut id recte factum siet caet...*

³¹³ Admiten la participación del *ius* a la esfera sacral y mágica pero formando diferentes interpretaciones sobre las relaciones entre *ius* y *fas* y su antiguo significado: NOAILLES *Fas et ius* París 1948 p.45 ss. *Du droit sacre au droit civil*, París 1949 p.50 ss. KASER *Das altr.ius* cit.p.301 *Religione e diritto in Roma arcaica* en Ann. Canatia 3 (1948-49) p.49 ss.LEVY-BRUHL *Sur laicisation du droit a Rome* en RIDA 4 (1951) p.83 ss. VOCI *Diritto sacro romano in eta arcaica* SDHI 19 (1953) p.38 ss.GIOFFREDI *Diritto e processo* cit, p.39.

³¹⁴ DI PAOLA, *La genesi storica del delitto di iniuria* en Ann. Catania 1, (1946-47)

En estos dos fragmentos la locución *ius siet* expresa la idea del deber ser: define los dos comportamientos del *facere sacra pro populo Romano Quiritibus* y *facere porco piaculo* no sólo como posibles (lícitos) sino necesarios, debidos, por lo tanto obligatorios porque tal es la voluntad de la *optima lex* y del dios (*tibi*).

3. - La inscripción³¹⁵ descubierta bajo el *lapis niger* del Foro³¹⁶, que se trataría de un precepto augural dirigido a tomar precauciones a fin de evitar que se pudiesen presentar auspicios negativos cuando el *rex* pasaba por la vía sacra para atender a una *inauguratio*. Las palabras de las líneas 15 y 16 de la que se lee claramente *iovestod=iusto* hacen referencia, con toda probabilidad al resultado correcto y resucitado por la operación; el adjetivo *iustus* designa la conformidad al deber ser del hecho en el que consiste el término *ioivqviod*.

Finalmente a estos textos habría que añadir la afirmación de que el término *ius* habría tenido en su origen una significación religiosa, en la medida de su probable derivación del patronímico del Dios *Iupiter-Iovis* y de su vinculación a la idea del juramento (*iurare*)³¹⁷.

Así -en las XII Tablas- de la noción de *ius* se recoge: junto a un valor más amplio y técnico-jurídico³¹⁸ y al significado metonímico *in*

³¹⁵ Texto de difícilísima interpretación al que recientemente DUMEZIL ha encontrado una explicación satisfactoria.

³¹⁶ Se considera que remonta a la primera mitad del VI siglo cfr. DEGRASSI *Inscriptiones latinae liberae rei publicae*, Firenze 1957, I, p.4; II, p.379.

³¹⁷ FERNANDEZ DE BUJAN, *Conceptos y Dicotomías del ius*. Cit., MAROI, *Elementi religiosi nel diritto arcaico*, Archivio Giuridico, 1933, T. CIX; PISANI, *Ius, fas., lex, sons e i rapporti fra Roma e il mondo germanico*, Studi Scherillo, 2, Milano 1973 pp. 915 ss.

³¹⁸ Utilizada la reconstrucción de BONFANTE: Tab. 5.1: *Uti legassit super pecunia tutelave suea rei, ita ius esto*; Tab.6.1: *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto*

*iure*³¹⁹, un significado más genérico reconocible en las formas de *iustus* y *iure*, que parecen expresar además de la idea de la conformidad de determinadas situaciones al deber ser, también la correspondencia a principios de justicia sustancial. Es el caso de los *dies iusti* establecidos por la *manus iniectio* en la Tab. 3,1 (*Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt*) (si el demandado ha reconocido la deuda o ha sido condenado legítimamente, concédansele treinta días para pagar) y del *caedere iure* de la tabla 8, 11 (Plin. Nat.17, 7: ...*Cautum est XII tabulis, ut qui iniuria cecidisset alienas <arbores> lueret in singulis aeris XXV*) (... se estableció por las XII Tablas que quien talase sin derecho árboles ajenos pagase por cada uno una multa de veinticinco ases). Y este sentido de conformidad al deber ser del *ius* hace que la *iniuria* tome un sentido de acto injusto, que no tiene relación con el acto contrario a una norma jurídica, la violación del derecho ya que *ius* en el sentido de norma y ordenamiento jurídico no es considerado hasta una época más tardía.

4.-TESIS DE BIRKS³²⁰.-

BIRKS parte del rechazo –motivado por argumentos sacados de la experiencia anglosajona- de la idea que *iniuria* haya tenido un significado abstracto en el sentido de injusticia (comúnmente admitido) y un concreto recogido en la tab. 8,4, que designa a los actos de violencia menor gravedad. Tal rechazo le lleva a negar que las XII Tablas hayan conocido una noción técnica de *iniuria* que designa de una figura de ilícito.

³¹⁹ Este término es signo de una progresiva tecnificación del término en el sentido de ‘pronunciamento judicial’, producida por la íntima conexión existente entre lo que el particular reclamaba como debido y el momento procesal de la institución autoritaria de lo debido. Tab. 1.1: *Si in ius vocat (ito). Ni it testamino. Igitur ein capito*; Tab. 3.2 : *Post (deinde) manus iniectio esto. In ius ducito*; tab. 3.3: *Ni iudicatum facit aut quis endo n iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compendibus XV poado, ne maiore aut si volet minore vincito*; Tab.6.6 a.

³²⁰ BIRKS, *The early history of iniuria*, en T.37 (1969).

Acoge la lectura de los manuscritos de Gelio que, como se ha visto, refiriéndose al texto de tab.8, 4 afirma: *si iniuria alteri faxsit...* y admite una lectura con el término *iniuria* en ablativo, con sentido adverbial.

De este modo afirma que las lesiones corporales fueron previstas sólo por la norma del *m.ruptum* fundamentándose en los argumentos que en parte ya habían sido dados por PUGLIESE³²¹ y por APPLETON³²²:

- a) Si la tabla 8.2 reprimiese sólo los daños más graves, excluida la fractura de un hueso en el ámbito de aplicación de la tabla 8.4 se ampliaría con desmesura hasta comprender el vasto campo de las heridas lacero-contusas, cuya gravedad no se conciliaría con la pena relativamente baja de 25 ases.
- b) El significado de *rumpere* debe entenderse y ampliarse en el sentido de *corrumpere*, sentido que es avalado por el texto de Livio 22, 10, 15³²³ donde *rumpere* significa sin duda alguna *corrumpere*
- c) *Membrum* en el sentido de parte del cuerpo tal y como se afirma en el texto de Cicerón, *fin.3*, 18³²⁴)
- d) y así en Gelio 20,1,15-18³²⁵ no se hablaría de la dificultad de “*retaliari*” si el *m.ruptum* fuese el miembro amputado.

³²¹ PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* I, Milano 1941

³²² APPLETON, *Notre enseignement du droit romain, ses ennemis et ses défauts* en Mel. Cornil I, Gand-París 1926.

³²³ Livio 22, 10, 15: Si quis rumpet occidetue insciens, ne fraus esto.

³²⁴ CIC, *fin.3*, 18: *artis etiam ipsas propter se adsumendas putamus, cum quia sit in iis aliquid dignum adsumptione, tum quod constent ex cognitionibus et contineant quiddam in se ratione constitutum et via. a falsa autem adensione magis nos alienatos esse quam a ceteris rebus, quae sint contra naturam, arbitrantur. iam membrorum, id est partium corporis, alia videntur propter eorum usum a natura esse donata, ut manus, crura, pedes, ut ea, quae sunt intus in corpore, quorum utilitas quanta sit a medicis etiam disputatur, alia autem nullam ob utilitatem quasi ad quendam ornatum, ut cauda pavoni, plumae versicolores columbis, viris mammae atque barba.*

³²⁵ Gell. 20, 1, 15-18: XV. *Praeter enim ulciscendi acerbitem ne procedere quoque executio iustae talionis potest. Nam cui membrum ab alio ruptum est, si ipsi itidem rumpere per talionem velit, quaero, an efficere possit rumpendi pariter membri aequilibrium? In qua re primum ea difficultas est inexplicabilis. XVI. Quid si membrum" inquit "alteri imprudens ruperit? quod enim per imprudentiam*

Tal figura del *membrum ruptum* con toda probabilidad preexistía a las XII Tablas y se extendía -incluso- hasta comprender el daño a los animales y a los esclavos.

El problema de la tutela de las lesiones al esclavo en la época de las XII Tablas debe distinguirse del de los daños a los animales o los otros bienes patrimoniales, no sólo por el particular *status* del esclavo, nunca plenamente asimilado a la *res*³²⁶, sino principalmente por el hecho de que, en torno a la mitad del siglo V a.C., la esclavitud era un fenómeno bastante limitado³²⁷ y el esclavo, utilizado sólo en el ámbito doméstico, era considerado un *homo minus habens* para la tutela de las lesiones de las cuales podía adecuadamente servir Tab. 8,2, sobre todo si se tiene en cuenta que el principio de la composición debía ser ampliamente seguido³²⁸. Además como ya hemos mencionado en la tesis de Pugliese es posible que en correlación a lo dispuesto para el *os fractum* (distinción de la pena en función de la condición de libre o esclavo) los esclavos pudiesen ser víctimas del *membrum ruptum*, lo que debemos entender como una nota más de diferenciación respecto a la *iniuria*.

En cambio, podemos decir que la tab. 8, 2 fuese extraña a la tutela del daño a los animales y a las *res*. Aunque sostener tal afirmación, según MANFREDINI, no se puede hacer con argumentos concluyentes. Se puede tan sólo observar que el talión no es concebible como pena si se aplica sobre animales o cosas puesto que

factum est, retaliari per inprudentiam debet. Ictus quippe fortuitus et consultus non cadunt sub eiusdem talionis similitudinem. Quonam igitur modo inprudenter poterit imitari, qui in exsequenda talione non licentiae ius habet, sed inprudenciae? XVII. Sed et si prudens ruperit, nequaquam patietur aut altius se laedi aut latius. Quod cuiusmodi libra atque mensura caveri possit, non reperio. XVIII. Quin etiam, si quid plus erit aliterve commissum, res fiet ridiculae atrocitatis, ut contraria actio mutuae talionis oriat et adolescat infinita quaedam reciprocatio talionum.

³²⁶ Según afirma ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1968.

³²⁷ CAPOZZA, *Movimenti servili nel mondo romano in eta repubblicana*, Roma, 1966.

³²⁸ WATSON, *Personal injuries in the XII tables* en T.43 (1975).

cuando era dañado un bien, se debía imponer la *aestimatio* de la lesión, con función resarcitoria.

Asimismo, a la existencia de disposiciones autónomas dirigidas a regular estos daños parece hacer referencia D. 9, 2, 1 pr. donde se nos menciona que la *lex Aquilia* surge recogiendo lo regulado anteriormente sobre daños a las cosas. Del texto de Festo sv. *rupitas* (L.320), sabemos que en las XII Tablas el término *rupitas* significaba *damnum dare* como afirma: *rupti in XII significat damnum dederit*· y no la ablación o menoscabo físico aunque el *damnum dare* se produjese por una lesión física. Además añadiríamos el texto de la Lex Aquilia que en el futuro regularía estos daños, D.9, 2, 27, 5 Ulpiano: “*Si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit iniuria...*”. La tradición relativa al uso de este término (*damnum*) en las XII Tablas se ha conservado totalmente independiente del *rumpere* de tab.8, 2 puesto que Festo-Verro Flaco usan el término *damnum* en el significado subjetivo de dismunción patrimonial³²⁹ y no recogen con seguridad la noticia que “*rupitas*” significaba daño, sino que designaba hechos de los que se derivaba una disminución patrimonial³³⁰.

Conforme a la tesis de BIRKS, a la fractura de un hueso (*os fractum*), como lesión corporal, se le aplicaba en origen el régimen de la *m.ruptio*; las XII Tablas habrían autónomamente regulado sólo la fractura grave (tab. 8,3) fijando la obligatoriedad de la composición en la suma de 300 y 150 ases; las fracturas menos graves continuaban siguiendo el régimen del talión o de la composición extrajudicial (*ni cum eo pacit*).

³²⁹ DAUBE, *On the use of terms damnum* en Studi Solazzi, Napoli, 1948 p. 98 ss

³³⁰ Si *rupitas* designaba el ilícito, la sanción era posiblemente expresada por el imperativo futuro *sarcito*, del que habla Festo en sv.*sarcito* (L.430): *Sarcito in XII Ser. Suplicius ait significare damnum solvito, praestato*; esto es, establecido la obligación del resarcimiento. Utilizando los dos testimonios se puede probar la reconstrucción el precepto: *si rupit pecudes (et ceteras res)... sarcito*.

La norma prevista en la tabla 8, 4 con *iniuria* en la forma adverbial, según este autor, sería interpretada conjuntamente a tab.8, 3: si el *fractor* ofrece al *fractus* la suma prevista por la ley y este último exigía para satisfacerse como *ruptus* (esto es quería ejercitar la facultad, que la costumbre le reconocía, de ejercitar el talión) ocurría que el *fractus* se convertía *fractus-ruptor* y, por lo tanto, también él podía sufrir el talión; pero por el hecho de haber pretendido ejercitar la facultad admitida por la costumbre que la ley había sólo intentado contener, podía liberarse pagando 25 ases. En la práctica esta norma servía de rémora para optar por el talión. En origen el texto de la norma sobre *o. fractio* habría sido el siguiente: *si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenae sunt; sin iure alteri faxsit, XXV poenae sunt*. Por lo que en principio *iure* tenía el puesto de *iniuria* porque la norma, castigando al *fractus* que se sustraía a la composición, no podía cualificar *iniuria* un comportamiento admitido por la costumbre. Sólo con el transcurso del tiempo se produce el cambio y de este modo tal disposición, teniendo razón de ser sólo hasta que se mantenía el contraste entre el talión y composición obligatoria, esto es entre *mos-ius* y *lex*, habría caído en desuso cuando definitivamente prevalece la composición legal.

De BIRKS, MANFREDINI ha asumido su escepticismo sobre de la presencia, en las XII Tablas, de una noción técnica de *iniuria* que designe un ilícito determinado, por una dificultad de concebir un ilícito definido con un término así de genérico y pluricomprendido y, al mismo tiempo, admitir que *iniuria* pueda haber tenido un significado más concreto y específico respecto a aquél común de ilícito, injusticia, casi por todos admitido y del que podemos hacernos partícipes.

Es original el intento que hace BIRKS de interpretar la norma sobre la *o. fractio* teniendo en cuenta el hecho de que en aquella

denominación podrían, por definición, entrar fracturas de diversa gravedad que es difícil de creer que fuesen sancionadas con 300 y 150 ases. El hecho de entender que sólo las graves tendrían tal sanción siendo el resto penadas por el talió es justo conforme a una valoración equitativa, pero plantea la duda de qué fracturas serían incluidas en el *os fractum* reprimido con los 300/150 ases puesto que en los términos en los que está redactada la norma según los textos que la documentan no se hace referencia a distinción alguna entre *os fractum* grave o leve: así ni Gayo 3,223 ... *propter os vero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat servo CL*. ni Coll. 2,5,5 '*si os fregit libero, CCC si servo, CL poenam subito sestertiorum*' y ni siquiera PS. 5,4,6 *Lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis* muestran ninguna distinción en el *os fractum*.

Por otra parte, en cuanto a la interpretación conjunta de las tablas 8, 3 y 4 que propone BIRKS, nos parece poco creíble puesto que es justamente reconocida la veracidad de las palabras de Gelio cuando cita el texto de tab.8, 4 en Gell. 20, 1, 14³³¹, tal y como es documentado por los manuscritos. De esta manera y conforme a este texto el ámbito de aplicación de esta norma, esto es, los golpes leves entre otros: es el ámbito que se deduce de la estricta unión del contenido de la tabla. 8, 4 con lo que Gelio, por boca de Favorino que refiere a Labeón, narra en el célebre episodio de Lucio Veracio.

Pero se debe sobre todo criticar que la reconstrucción propuesta por el autor, apoyada sobre unos presuntos conflictos entre *mos-ius* y *lex*, es bastante improbable para la época a la que se refiere, donde los términos de la antítesis se confunden dada la

³³¹ "*Si iniuria (m) alteri faxit, viginti quinque aeris poenae sunt*".

naturaleza particularísima de las XII Tablas y su discutida aprobación comicial³³².

No puede entenderse que el *membrum ruptum* como norma derivada de la costumbre *mos-ius* que contenía toda lesión incluida la fractura de hueso y que atribuía una pena de talión, fuese modificada por las XII Tablas como *lex* aprobada en los comicios y que estableciendo una pena pecuniaria (300/150 ases) para una concreta lesión, la fractura grave de hueso, pudiese entrar en conflicto con la pena anterior del talión, puesto que por el principio *lex posterior derogat anterior* se habría derogado la aplicación del talión a las fracturas graves.

Además entender que en el caso de que el *fractus* se negase a aceptar los 300/150 ases queriendo ejercitar el antiguo talión, convirtiéndose en *fractus-ruptor* y también él susceptible de sufrir talión, pudiera liberarse por el pago de 25 ases no es creíble, porque el hecho de ejercitar el antiguo talión si era una pena establecida por *ius* era un acto lícito del que no debería surgir ninguna pena, ni la mínima de 25 ases, y menos con la intención o justificación que el autor da de intentar reprimir la aplicación del talión, a favor de la composición pecuniaria fija legal de 300/150 ases.

A esto hay que añadir que el desarrollo del talión conforme nos lo enuncia Gelio nada tiene en común con esta interpretación:

³³² La *lex* sea la esfera pública como en la privada, debe entenderse como un instrumento a través del cual se afirma el *ius* (BROGGINI *Ius lexque esto* en Fesq.Gutzwiller, Basel 1959); ésta es genéricamente declarativa de *ius* (STEIN *Regulae iuris* Edinburgh 1966 p.9 ss). Cuando se quiera entender con *ius*, más específicamente, las normas elaboradas por la autonomía privada e interpretada por los *prudentes* separada de la *lex* como acto votado en los comicios (GROSSO, *Lex e ius* en BIRD 67 (1964) no es probada una prevalencia del primero sobre la última, ni la inderogabilidad de aquel por parte de ésta (GIOFFREDI *Ius Lex Praetor* en SDHI 13-14 (1946-48). PUGLIESE *Intorno al supposto divieto di modificare legislativamente el ius civile* en Atti Verona II, Milano 1948; SERRAO sv. *Legge(Diritto romano)* en Enciclopedia del diritto. En contra ARANGIO RUIZ *Storia del diritto romano* Napoles 1968; GROSSO *Premesse generali al corso di diritto romano* Torino 1960. La formula *ius lexque* más que los términos de una antítesis, expresa una diferenciación limitada al perfil de las fuentes de producción. Por un tratamiento casuístico del problema, en relación con las normas de las XII Tablas cfr. KASER *Die Beziehung* cit, p.523 ss.

Cecilio Africano en Gelio 20,1,37-38 nos dice: *...nolo hoc ignores hanc quoque ipsam...talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. Nam si reus, qui depecisci noluerant, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat.*

(No quiero dejarte ignorar que la ley del talión concluía siempre por llevar a las partes ante el juez. El acusado que no había querido convenir era condenado a la pena del talión, si no obedecía, el juez apreciaba el daño y señalaba la multa. Así pues, cuando el acusado consideraba las condiciones duras y el talión amargo, toda la severidad de la ley se reducía a una multa)

Es decir, que la nueva práctica está caracterizada por el hecho de que, sobre el presupuesto de una no conseguida composición extrajudicial (*ni cum eo pacit*), el *ruptor*, cuando no quiera someterse al talión autorizado por el magistrado, tiene la facultad de pedir una *aestimatio* al juez, quien lo condena *ad pecuniae multam*, vinculante incluso para el *ruptus*, y nada se menciona sobre la necesidad de un contraste entre el talión establecido *mos-ius* y una composición legal obligatoria establecida por la *lex*, tal y como afirma BIRKS.

Del valor imperativo de la norma deriva la obligatoriedad de la sanción y ésta, salvo eventuales transacciones extrajudiciales, no puede ser cambiada o derogada³³³.

5.-TESIS DE MASCHKE³³⁴.-

Este autor se caracteriza porque en el análisis que de los textos referidos a la *iniuria* en las XII Tablas hace, tiende a restringir -al menos por una parte- el número de las *iniuriae* cualificadas, en cuanto que asimila el *membrum ruptum* a cualquier lesión física: si es importante a la fractura de un hueso y penado por lo tanto como *os fractum*, o, en caso distinto, en la noción genérica de *iniuria*. Ve en el *membrum ruptum* la lesión física genérica, que puede presentar los caracteres del *os fractum* o bien aquellos de la *iniuria* simple y por lo tanto, más que concebir una noción general de *iniuria*, abraza también el *membrum ruptum* e identifica en cierto aspecto, el *membrum ruptum* con la *iniuria* simple, aunque considera al *os fractum* como *iniuria* cualificada respecto de la *iniuria* simple.

MASCHKE se inspira en lo transmitido por Gelio. 20, 1, 38³³⁵ donde, como hemos visto en el autor anterior, se establece que no conseguido el acuerdo para la composición extrajudicial, el *ruptor*, cuando no quiera someterse al talión autorizado por el magistrado, tiene la facultad de pedir una *aestimatio* al juez, quien lo condena *ad pecuniae multam*, vinculante incluso para el *ruptus*. Supone la desaparición de la facultad concedida, en la formulación decemviral de la norma, al *ruptus* de ejercitar el talión, permaneciendo ahora

³³³ Obviamente queda siempre la posibilidad de una transacción extrajudicial, pero por un montante igual o inferior, que, comúnmente, no será superior a aquel fijado por la norma, y que el cual por lo tanto se puede suponer que se hiciera por *taxatio*.

³³⁴ MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte des röm. Iniuriensystems* en *Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts* 10. Heft, Breslau 1903.

³³⁵ GELL 20, 1, 38 a propósito del *membrum ruptum*: *...nolo hoc ignores hanc quoque ipsam...talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. Nam si reus, qui depecisci noluerant, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat.*

esta pena, subordinada a la libertad de elección del *ruptor* que puede, si prefiere, pedir a su vez al juez estimar el valor económico de la lesión.

De ahí deduce que el talión, no se aplicaba por medio de la fuerza pública, sino que era dejado a la ejecución privada a la que el culpable prácticamente podía sustaerse, no podía ser llevada a fin y no constituía, por lo tanto, una verdadera pena; por ello se habría debido acordar, en el caso en el que el talión no se hubiese podido realizar, la condena al pago de una pena pecuniaria que, dado el principio romano de la pena fija, debía ser prevista expresamente en la ley. Las normas del *os fractum* y la *iniuria* simple habrían recogido dicha tasación, integrando así la norma del *membrum ruptum* con la cual se habría regulado sólo una primera fase de la represión de este delito.

Esta concepción debe rebatirse por una errónea concepción histórica puesto que aunque, sin duda, la ejecución del talión estaba en manos de los particulares, esto no significa que a éste debiera conectarse como necesaria la integración a una condena pecuniaria. El intento de MASCHKE de excluir el talión del elenco de penas, reduciéndolo a un medio subsidiario de rescate, ha sido demostrado totalmente privado de fundamento³³⁶.

En primer lugar, tratándose de ordenamientos primitivos se debe dejar a un lado la concepción de que el titular de un derecho fuese asistido y garantizado por un ente superior, como es el Estado: las relaciones privadas de la sociedad romana arcaica, como de otras sociedades primitivas, son primeramente relaciones de fuerza,

³³⁶ PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* cit.p. 6. La cuestión es discutida por VOS en *Iniuria en de actio iniuriarum*. Amsterdam p.10 ss

respecto a las cuales el derecho se limita como mucho a discriminar un uso legítimo de la fuerza por un uso ilegítimo³³⁷.

En segundo lugar, no debe olvidarse la asistencia (extraestatal) de los consociados, y principalmente de los vecinos de los parientes, asistencia que encontraba su justificación en la conformidad al *ius* o al *fas* del acto de violencia realizado por un individuo respecto de otro, según los resultados de un juicio popular basado en la evidencia³³⁸.

En tercer lugar, respecto al talión se puede afirmar que: puesto que representa una pena, basta que sea consentido por el orden jurídico a la víctima de un delito y que sea cualificada ilegítima la reacción; y que en la práctica su aplicación era facilitada por el apoyo formado por los consociados, después de un juicio sumario sobre la subsistencia del delito y de la culpabilidad del acusado³³⁹.

Hasta que la estructura estatal no está consolidada y la sociedad está preparada para no permitir una semejante forma social de justicia, el talión conserva íntegra la naturaleza de medio de autodefensa y la condena a una suma de dinero no tiene nada que hacer. Sólo a través de un proceso de atrofia del instituto el talión puede haber sido suplantado en su función de pena por una condena al pago de una suma de dinero. Quizá esto tuvo lugar antes de legalización del procedimiento formulario, pero el régimen de las XII Tablas está lejos de esta fase de desarrollo.

³³⁷ Pensamos en la *vindicatio* a las otras formas de autodefensa preventiva o reactiva, a la misma *manus iniectio*.

³³⁸ LUZZATTO, *Per un'ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane* Milano 1934 pp.124 ss PUGLIESE, *Actio e diritto subiectivo*, Milano 1939.

³³⁹ No olvidamos, pues, conforme observa PUGLIESE, no obstante, su incierta referencia al derecho positivo quiritarario, el testimonio de Catón, en *Priscian* 6,13, 69, según el cual la venganza era realizada por el *cognatus proximus*, es decir, por un pariente que no era el físicamente mermado por la precedente *membri ruptio*.

El mismo fragmento de Gelio en el que MASCHKE dice inspirarse (20, 1, 37-38) no pretende en absoluto que el procedimiento referido en materia de talión se remonte a las XII Tablas; si se lee el párrafo 37 se advierte que según el mismo Gelio, se trataría de una innovación jurisprudencial introducida en el curso de los siglos posteriores a las XII Tablas. Si bien es verdad que el testimonio de Gelio no se debe aceptar en todos sus extremos como hemos examinado, sí que debe considerarse que exista en él un fondo de verdad³⁴⁰. Es, por otra parte, incuestionable que la introducción de una pena en dinero junto al talión representa el resultado de una evolución y éste es el punto -tal vez- más importante.

Por lo tanto, el fragmento de Gelio no ofrece argumentos para avalar la tesis de MACHSKE de que una pena pecuniaria subrogante al talión haya sido dispuesta desde las XII Tablas. Al contrario, ofrece uno bastante importante para desmentir la otra parte de su tesis, según la cual el importe de la pena pecuniaria habría sido fijado por la misma ley y las normas relativas serían aquéllas de la *iniuria* y de la *ossis fractio*. Gelio afirma, en cambio, que el juez, en vez de condenar con base en una taxación legislativa (300/150 ó 25 ases) realiza él una estimación y determina, así, caso por caso la suma que el culpable de un *membri ruptio* debía pagar:

Gelio 20, 1, 37: *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis probabilius esse existimas, nolo hoc ignores hanc quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. 38 Nam si reus... iudici talionem imperanti non parebat aestimata lite*

³⁴⁰ PUGLIESE duda sobretodo del procedimiento a través del cual se realizó la innovación y correlativamente de la causa; considera que la innovación de la determinación judicial de la suma a pagarse como pena, antes que acogerse a la negativa de sufrir el talión, se conecta a la *pactio* (como acuerdo entendido para evitar una punición, que ya aparecía bárbara) y que, por tanto, la pena legal sea resultado de la consolidación de la pena convencional.

iudex hominem pecuniae damnabat atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat”.

Por tanto, teniendo en cuenta la verdadera naturaleza del *membrum ruptum* y entendiendo que la afirmación de una condena pecuniaria es propuesta para una época posterior a la codificación decemviral, se comprende que aquél deba ser el sistema y que no puede entenderse como correcta la interpretación de MASCHKE.

6.-TESIS DE BINDING³⁴¹.-

De este autor cabe destacar su teoría sobre la relación entre los preceptos decemvirales: el *membrum ruptum*, la *os fractum* y la *iniuria*.

BINDING considera que el *os manu fustive fractum* es una especie cualificada de *iniuria*, argumentando sobre lo expresado por Paulo en

Coll. 2, 5, 5 (Paulo. lib. sig. et tit. de iniuriis):
"Iniuriarum actio aut legitima est aut honoraria.
Legitima ex lege duodecim tabularum: qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subit. Quae lex generalis fuit; fuerunt et speciales, velut si os fregit libero, CCC, si servo CL poenam subit sestertiorum”.

En este texto no es mencionado el *membrum ruptum*, de manera que este autor sólo identifica dos formas de *iniuria*: *os fractum* (cualificada) y la *iniuria* (penada con 25 ases). Si no es

³⁴¹ BINDING *Rechtsvergleichende Vermutungen zu “membrum ruptum”, “os fractum” und “iniuria” der Lex XII tabularum* en ZSS 40 (1919).

mencionado el *membrum ruptum* no se debe deducir -a nuestro entender- que, según la opinión de los clásicos, la categoría arcaica de la *iniuria* comprendiese sólo la *iniuria* simple y el *ossis fractio* puesto que el fragmento de la *Collatio* está mutilado como puede comprobarse por la falta de una exposición en torno a la *actio iniuriarum honoraria* y es, además, muy probable que la mutilación se extienda también a la parte relativa a la *actio legitima*³⁴². De todos modos, este testimonio sería un testimonio aislado, puesto que todas las otras fuentes citan el *membrum ruptum* junto a la *ossis fractio*, incluyendo a ambas en la *iniuria*:

Así el fragmento de Gayo 3, 223: *iniuriarum ex lege XII Tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut conlissum trecentorum assium poena erat, si libero os fractum esset; at si servo, CL; propter: "poena autem ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta..."*.

Gelio 20,1,32-33 que habla de *iniuriae atrociore*s: "*sed iniurias atrociore*s, ut de osse fracto, non liberis modo, verum etiam servis factas in pensiore damno vindicaverunt, quibusdam autem iniuriis talionem quoque adposuerunt".

finalmente y, a pesar de la modificación que el texto parece haber sufrido por parte de los compiladores postclásicos, en las *Pauli Sententiae*. 5, 4, 6 "*Iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est. Lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossis fractis*".

De mismo modo no puede sustentarse la concepción de la *iniuria* sobre un texto del que no se puede invocar ni siquiera la autoridad de Paulo, puesto que el texto del jurista clásico no puede

³⁴² PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* I, cit, p.5.

dejar de estar influenciado por las concepciones dominantes durante mucho tiempo, según las cuales toda forma de lesión física que no entre en el homicidio se reagrupa indiscutiblemente bajo la figura de *iniuria*. Por todo ello, el testimonio no debe ser considerado el más adecuado para argumentar sobre las clasificaciones y de los conceptos vigentes en la época de las XII Tablas.

Además, BINDING considera la herida debida a un arma como la lesión personal más común, y el hecho de que no sea contemplada por las XII Tablas, le lleva a entender que la norma que reprimiese esta herida se haya perdido. Es ésta una hipótesis poco creíble y fundamentada³⁴³ puesto que Gayo -que es el jurista que muestra la exposición del derecho de las XII Tablas en materia de *iniuria* en sus Instituciones 3, 223, del que se entiende que pudiera tener entre las manos el texto legislativo, aunque fuese modernizado- no menciona nada al respecto y es comúnmente admitido por la doctrina que el texto de Gayo recoge todas las normas sobre lesiones personales. Es indiscutible que la enumeración gayana de los preceptos *devev*virales en tema de violación de la integridad física es taxativa y concluyente. Por otra parte, considerando la conformidad de los testimonios, es de excluir que Gayo estuviese mal informado al respecto y que una norma de las XII Tablas concerniente a la materia analizada se haya perdido, de tal manera que los juristas y, en general, los escritores clásicos no la hubiesen recordado. Las figuras delictuosas previstas en la norma *decemviral* son, por tanto, tres: *membrum ruptum*, *os fractum* e *iniuria* y no se puede suponer que se incluya ninguna más.

Finalmente, el concepto de *iniuria* delineado por BINDING como acto de “*Übermut*” por parte del autor dirigido a vilipendiar a la víctima, no parece acordarse con la tesis antes expuesta de la unión

³⁴³ APPLETON, *Notre enseignement de droit romain* en Mel. Cornil, Grand-París 1925 p.55 ss

del *os fractum* con la *iniuria* como agravante aquélla de ésta, ya que un intento ultrajoso se puede considerar objetivamente inherente a la bofetada o al golpe, pero resulta por lo general extraño a la fractura de un hueso o a la *membri ruptio*. El mismo BINDING lo reconoce para las mutilaciones y las heridas, diciendo que éstas son “Taten des Hasses, der Leidenschaft, der Feindschaft, aber keine Taten der υβρις”; y no se ve la razón por la que deba entenderse que lo contrario se haya establecido por norma para la *ossis fractio*. El único motivo para mantener esa vinculación es el fragmento de la *Collatio* pero por las razones ya expuestas no es suficiente motivo para sustentar esta tesis.

7.-TESIS DE WATSON.-

El último trabajo de WATSON relativo a la *iniuria* en las XII Tablas es “*Personal injuries in the XII tables*” publicado en T.43 (1975). En éste, como en los trabajos precedentes, el autor no se plantea el problema del significado de *iniuria*. Sólo en relación con valor del término en el *edictum generale de iniuriis* parece tomar partido³⁴⁴ a favor de un significado que indica los golpes y los ataques a las personas no sólo de leve entidad. Respecto al valor del término en la tabla 8. 4, traduce *iniuria* simple como “harm”: la norma habría estado destinada a reprimir aquellos actos contra las personas que, si dirigidos contra un esclavo o un animal, no habrían causado una pérdida financiera, esto es, un “*damnum dare*”.

Aquello que se recoge en el capítulo III de la *lex Aquilia* es el argumento de base sobre el cual el autor se sirve para la interpretación de las normas decemvirales relativas a las lesiones personales.

³⁴⁴ WATSON en un trabajo anterior muestra sus dudas sobre la teoría de DAUBE en la que se sostiene que la *iniuria*, en las XII tablas como en el *generale edictum de iniuriis aestimandis*, designaba solamente los asaltos leves (*Nocere and noxa*, en CLJ 7, 1939) y considera rechazando esta tesis que en el *generale edictum* la *iniuria* comprendía todo ataque a la persona física (*Roman private Law around 200b.C.*, Edimburgo 1971. Sin embargo, en este último trabajo es más propenso a admitir la tesis de DAUBE)

El autor sigue la opinión, hoy prevalente no sólo en la literatura anglosajona³⁴⁵, conforme a la cual el III capítulo de la ley en origen, no comprendería las *ceterae res praeter hominem et pecudem occisos*³⁴⁶ sino sólo el daño, distinto de la muerte, provocado sobre los esclavos y animales, del cuál se derivaría para el *dominus* una pérdida financiera³⁴⁷. Como DAUBE sostiene que el principal argumento de esta tesis está constituido por la estrecha relación entre el *rumpere* y el *frangere* de las XII Tablas y el *rumpere* y *frangere* de la *lex Aquilia* (de manera que respecto a las lesiones de los esclavos y los animales, tal ley, en comparación con la reglamentación decemviral nada hubiese innovado salvo en el régimen de la sanción), así WATSON entiende plenamente legítima la utilización del III capítulo de la L. Aquilia para explicar el significado de la norma decemviral, suponiendo que al menos al momento de la emanación de esta ley *rumpere* y *frangere* presentasen el mismo significado que tenían en las XII Tablas.

Puesto que en el capítulo III de la Ley Aquilia se incluía toda acción realizada contra los animales (quizá sólo *pecudes*) y esclavos, distinta de la muerte, de la que derivaba una pérdida financiera (*damnum facere*) y ya que los términos *urere*, *frangere* y *rumpere* describían de modo exhaustivo la esfera de estas acciones y dado que *urere* y *frangere*, incuestionablemente, describían dos acciones típicas, afirma que el término *rumpere* era asignado para designar todos los posibles hechos, de los que derivaba una pérdida financiera,

³⁴⁵ VON LÜBTOW, *Untersuchungen* cit. p.21; CARDASCIA, "La portée primitive de la loi Aquilia" en Daube Noster. En contra HONORE, "Linguistic and social content of the lex Aquilia" en *Irisch Jurist*, 7 (1972).

³⁴⁶ D. 9,2,27,5, (Ulp.l.18 ad ed). Ulpianus 18 ad ed.

Tertio autem capite ait eadem lex aquilia: "ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto".

³⁴⁷ DAUBE, *On the third chapter of the lex Aquilia* en LQR 52 (1936).

que no fuesen un “*urere*” o un “*frangere*”³⁴⁸. *Rumpere* sería entendido en el sentido de *corrumpere* –o bien de daño– sólo cuando, quizá en el último siglo de la República, al tercer capítulo la *lex Aquilia* sea añadido, en vía de interpretación, el daño a las cosas inanimadas.

Rumpere, por lo tanto, en el significado que se extrae en el texto de la ley Aquilia, reconducible al valor de “break”, “to burst” está presente en tab.8, 2, donde unido a *membrum* que no significa más que trozo de carne comestible y no significa todavía parte del cuerpo humano, sino trozo de carne de ser viviente³⁴⁹, comprende –según este autor– todas las lesiones corporales, de un hombre libre, de un esclavo o quizá también de animales.

Sobre la norma de la *o.fractio*, que entendido el *membrum ruptum* con esa amplitud, sería pleonástica, el autor observa que del texto de tab.8, 3 citado en Coll. 2,5,5 en la interpretación de LACHMANN: *si manu fustive os fregit...*, se encuentra su razón de ser: esto es, la tab.8,3 habría recogido sólo las fracturas derivadas de los golpes específicos, realizados con la mano o con bastón; todas las fracturas provocadas de otro modo habrían entrado en el ámbito de la *m.ruptio*.

Si bien en sus trabajos profundiza sobre la figura del *membrum ruptum* entendiéndolo como medio idóneo para acoger todas las lesiones físicas corporales, es en cambio el silencio lo que caracteriza su postura sobre la tabla 8. 4 y sobre el significado de *iniuria*, y de la interpretación relativa a la norma sobre la *o.fractio*. A tal propósito

³⁴⁸ D. 9, 2, 27, 13 (Ulp.l. 18 *ad ed*): *Inquit lex " ruperit". rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt " corruperit".*

³⁴⁹ El autor interpreta así las observaciones de ERNOUT-MEILLET *Dictionnaire étymologique de la langue latine* París 1959, quien encuentra en el término *membrum*, entendido como parte del cuerpo, la parentela con raíces indoeuropeas que significan *chair* y particularmente con la irlandesa *mir* que significa *morceau de viande*.

observamos que el autor, para dar una justificación a la tabla 8. 3 debe reconocer como atendible un testimonio, el de Coll. 2,5,5³⁵⁰ donde como ya hemos expuesto en la crítica a BINDING no puede considerarse como una cita original de la norma decemviral.

Finalmente, el aceptado principio –que nosotros admitimos con PUGLIESE- por el cual el talión no es pena intrínsecamente más grave que una pena pecuniaria como aquélla de 300 ases, es, en realidad, por el autor desatendido ya que él afirma que la fractura de un hueso de modesta gravedad con tal que provocado *manu fustive* es penada obligatoriamente con 300 ases: si con un bastón es fracturado el dedo de una mano, respecto a la fractura de esta entidad no se puede negar que, en condiciones de difusa pobreza, 300 ases constituye una pena más grave que el talión.

8.-TESIS DE MANFREDINI.-

MANFREDINI es quizá el autor que más se ha dedicado al tema de la *iniuria* en estos últimos tiempos, a la que ha dedicado dos amplias monografías sobre la institución de a *iniuria* en época republicana y la difamación verbal en la misma época³⁵¹. Ésta es la tesis que más se distancia de las interpretaciones tradicionales puesto que dilata en el tiempo las tres figuras y de manera más original entiende que de la tabla 8. 2 decemviral surgirían con posterioridad las tablas 8,3 y 8,4 como interpretaciones pontificales. Por ello habremos de enunciarla con mayor detenimiento.

³⁵⁰ Coll. 2,5,5: *Paulus Iniuriae*

Legitima ex lege duodecim tabularum: " qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito." Quae lex generalis fuit: fuerunt et speciales, velut illa:" si os fregit libero, ccc si servo, cl poenam subito sestertiorum."

³⁵¹ MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano 1977. *L'iniuria nelle XII tavole. Instabilis ex lege (Cornelia de iniuriis)*. Derecho romano de Obligaciones. Homenaje al Profesor José Luís Gener. Madrid 1994, p799-809, *La diffamazione verbale in diritto romano*, I, Milano 1979. *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis*, en *Illicito e pena privata in età repubblicana* (Atti convegno Copanello 1990) Napoli 1992.

Este autor parte de la consideración de que del análisis de los textos que en época republicana mencionan el término *iniuria*³⁵² se puede afirmar que este término, hasta el momento en que la especulación jurisprudencial de la tardía república y de época sucesiva hubo dado una particular interpretación, entendiéndola en alguno de los casos como *contumelia*, *culpa*, *iniquitas* e *iniustitia*³⁵³, ha sido utilizado en el lenguaje jurídico, con el mismo significado que éste tenía en el lenguaje común, y este significado es el que hoy comúnmente se atribuye al término injusticia o ilícito, idóneo para describir una acción deforme del concepto del deber ser, apto para explicar una apreciación de no conformidad a las normas positivas o a concepciones sociales largamente seguidas, pero que puede tener su base también en apreciaciones y valores estrictamente subjetivos³⁵⁴. Esta idea –según este autor– encuentra su apoyo en el análisis de los significados de *iniuria* en el lenguaje jurídico realizado por la jurisprudencia de los Severos³⁵⁵ (fragmento de ULPIANO D.47, 10,1 que hoy se tiende a considerar genuino³⁵⁶).

³⁵² Las locuciones jurídicas que se fechan en esta época y en las que es documentado el uso de *iniuria* son: *Iniuria* de la Tabla 8,4; *Iniuria vindicare* del formulario de las *legis actio sacramenti in rem*; los *arbores iniuria caesae* de la Tabla 8,11; la *iniuria occidere uere frangere rumpere* del primer y tercer capt de la *lex Aquilia* y por conexión la *iniuria* de la que discute en *pro Tullio* de Cicerón a propósito del edicto de Lúculo; las *iniuriae* en las relaciones internacionales; la *actio iniuriarum*; la *lex Cornelia de iniuriis*.

³⁵³ D.47, 10, 1 pr. (Ulp. 1, 56, *ad ed*).

³⁵⁴ MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano 1977 p.1 ss.

³⁵⁵ D.47, 10, 1 pr. (Ulp.1.56. *ad ed*): “*Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omnem enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur, hoc generaliter, specialiter autem iniuria dicitur contumelia, interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus: interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuram, contumeliam autem a contemnendo*”.

³⁵⁶ Para la no genuinidad del texto véase *Index Interpolationum* al que se añade: M.A. DE DOMINICIS, *Di alcuni testi occidentali delle Sententiae riflettenti la passi postclassica*, en Studi Arangio Ruiz IV, Napoles 1953, p.532 nt. 54 quien analiza críticamente el correspondiente fragmento de Coll. 2,5,1; WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* Göttinger 1960 p.223 y nt.15. Sostienen implícita o explícitamente la legitimidad: SCHULZ *Storia della giurisprudenza romana*, Milano 1966, p.335, p.398 quien encuentra en el fragmento “una consapevole trattazione sistematica”; SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino 1969, p.299 ss. con notas.

Es en este momento cuando MANFREDINI fecha la elaboración de los significados especiales de *iniuria*³⁵⁷ (los cuales son sin duda considerados técnicos en sentido estricto, extraños al valor corriente del término y destinados a operar en el estricto círculo de cultivadores y operadores del derecho), de manera que con anterioridad el término ha sido usado, en el lenguaje jurídico, con el mismo significado general que presenta en el lenguaje común. Este significado es todo aquello que es hecho *non iure*, esto es, injustamente; no *contra ius*, esto es, en violación de una norma jurídica expresa³⁵⁸. Por efecto de tal valor del término *iniuria* en el lenguaje jurídico no puede considerarse 'término jurídico técnico' y por eso, conforme al sentido que suele atribuirse a tal expresión, no habría designado un instituto típico.

Debido a esta consideración de *iniuria* en un sentido genérico, el autor se plantea si es posible que un término como *iniuria* -que cualquier indicio asegura haber tenido³⁵⁹ un significado general y abstracto relacionado con el de injusticia, y del que ningún indicio autoriza a suponer que haya habido un valor concreto y específico- haya sido usado, en una norma de la ley de las XII Tablas para designar un ilícito típico, más o menos concreto, según como se considere la noción de *iniuria* de la Tabla 8, 4 e incluso extendida a

³⁵⁷ En el texto de Ulpiano D. 47, 10, 1 pr se distingue un significado general del término *iniuria* que indica "*quod non iure fit*" y tres significados especiales:

1. - aquel de *contumelia* (afrenta) cuya derivación de la *interpretatio* de Labeón es bastante posible y a través de la cual el delito de las lesiones personales ha asumido una definición nueva e unitaria.
2. - aquel de *culpa* que constituye un particular criterio de interpretación de la *iniuria* del daño aquiliano incluso aquel de atribuirse en su primera formulación a juristas de la república tardía.
3. - aquel de *iniquitas*, *iniustitia* con el que se nos es avalado de los principios del derecho natural para designar en sede de reflexión teórica la *iniuria iudicis* o bien la sentencia injusta.

³⁵⁸ De antijuridicidad habla SCHIPANI *Responsabilita* cit.p.303 nt.62. En D.9, 2,5,1 Ulp.l. 18 *ad ed*) y Coll. 7,3,4 (Ulp. 18 *ad ed*) podría recogerse una confrontación de la idea que se distinguiese un significado de *iniuria* como *non iure* de un significado en el que *iniuria* expresa aquello que es *contra ius*. A parte que la asimilación entre *non iure* y *contra ius*, en los fragmentos citados, es limitada a la *iniuria* aquiliana y, por lo tanto, no compromete el sentido general del término, parece probable que los fragmentos -si no el solo inciso *hoc est contra ius*- sean reelaborados; sobre este punto existe amplia discusión CANNATA *Per lo studio della responsabilita per colpa nel diritto romano classico* Milano 1969, p.307.

³⁵⁹ Si *no ab origine*, al menos desde un tiempo muy antiguo y posiblemente, ya en la época tradicional en la que tuvo lugar la actividad legislativa de los decemviro.

las figuras previstas en Tabb. 8,2 y 8,3. Niega esta posibilidad afirmando que con tal significado ésta no podría designar, en el lenguaje jurídico privado, un instituto típico, y reexamina la problemática relativa al delito de lesiones en las XII Tablas y su desarrollo sucesivo, hasta la regulación que habría tenido en la tardía república.

Partiendo de las fuentes jurídicas clásicas y postclásicas que recogen la norma jurídica atribuida a la tabla 8.4 "*iniuria*" y aquélla atribuida a las tablas 8.2 y 8.3 relativas al *membrum ruptum* y *os fractum*, advierte que en estas fuentes se puede observar la tendencia a atribuir a las XII Tablas la más tardía noción de *iniuria* elaborada por Labeón en el sentido de "*contumelia*" y a unirla formalmente a la tabla 8.4: deriva de esto que *iniuria* en las XII Tablas habría tenido un valor técnico más amplio que comprendería a las figuras de tabs.8.2, 8.3, 8.4 y uno más restringido que describe la figura propia de tab.8.4. De la exégesis de estas fuentes, en las cuales MANFREDINI encuentra un fenómeno de anticipación, nace la idea que las XII Tablas no sólo no han conocido dos distintos valores técnico-jurídicos de *iniuria*, sino ni siquiera uno –esto es el *facere iniuriam* de Tab.8.4- siendo, más probablemente, la esfera de las lesiones personales regulada únicamente en la tabla 8.2 y bajo el término de la *m. ruptio*.

Por ello, MANFREDINI cree que la *m.ruptio* -en el significado más amplio y en la reglamentación que la tradición atribuye a las XII Tablas, plenamente verosímil en el cuadro de las condiciones económicas y sociales de Roma en la mitad del V siglo a.C- haya sido la única figura que ha recogido, en la antigua ley decemviral, las lesiones personales y que las normas de tabs. 8,3 y 8,4 no son preceptos decemvires sino máximas interpretativas de la *m.ruptio* elaboradas en un tiempo posterior y atribuidas a las XII Tablas.

En la literatura más reciente prevalece la orientación dirigida a concebir la *m.ruptio* como una figura de ilícito amplia, idónea para comprender toda lesión física. A tal orientación se adhiere rechazando, sin embargo, las tentativas de querer a toda costa salvar la tradición sobre las relaciones entre *m.rumpere* por una parte y *o.frangere* e *iniuria* por otra. En origen, como en el curso de sus primeros cambios, la *m.ruptio* resulta plenamente extraña a una noción técnica de *iniuria*. Por ello se debe dudar de la bondad, según este autor, de tal tradición y avanzar la idea que ésta exprese un fenómeno de anticipación, consistente en la atribución a las XII Tablas de la noción clásica de *iniuria-contumelia*.

Para criticar dicha tradición este autor estructura los argumentos en torno a la delimitación de los preceptos decemvirales de este modo:

1. MEMBRUM RUPTUM tab.8,2

Las noticias de las fuentes clásicas son consideradas verdaderas por la mayoría de la doctrina respecto a la formulación de la norma sobre la *m.ruptio* y, en general, a su atribución a las XII Tablas. Quizá el característico régimen de la pena el talión contribuyó a la conservación del texto auténtico de la norma: "*si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto*".

MANFREDINI analiza de este modo el término *membrum ruptum*:

1.- RUMPERE: Del término *membrum ruptum* es poco seguida - como ya hemos visto- la opinión que *rumpere* (o *rapere*, como recitan los manuscritos de Festo) presente, en el texto de tab.8,2 el significado restringido de arrancar. La raíz "*rup*", "*rap*" de la que comúnmente se considera que deriva el término, no asegura este

sentido. Sin embargo, -como ya hemos mencionado en la tesis de PUGLIESE y MANFREDINI admite- frente a esta interpretación restringida se entiende *rumpere* como *corrumpere*, esto es, en el significado de dañar que el término presente en época tardía, documentado en el Digesto³⁶⁰ a propósito del daño aquiliano y acogido también por Gayo³⁶¹.

MANFREDINI cree que también en la tabla 8. 2 *rumpere* significase romper, violar en sentido físico y este significado del término se mostraría en las fuentes literarias en Plauto donde designa tanto la lesión del cuerpo (PLAUT, *Poen.* 540; *Merc.* 151)³⁶² o a la cosa (PLAUT. *Mer.*138)³⁶³ cuanto la ruptura en sentido formal del negocio jurídico (PLAUT. *Cur.* 517). Asimismo Servio, el discípulo de Virgilio, afirma que *res rapuisse veteres laedere res rapere dicebant*. También Isidoro³⁶⁴ y Gelio³⁶⁵ utilizan el término *leadere* para ilustrar el valor de *rumpere* en las XII Tablas.

³⁶⁰ D. 9, 2, 27, 13 (Ulp.l.18 *ad ed*)

³⁶¹ Gayo 3, 217: *Capite tertio de omni cetero damno cauetur. itaque si quis seruum uel eam quadrupedem, quae pecudum numero est, uulnerauerit siue eam quadrupedem, quae pecudum numero non est, uelut canem, aut feram bestiam, uelut ursum, leonem, uulnerauerit uel occiderit, hoc capite actio constituitur. in ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte uindicatur. si quid enim ustum aut ruptum aut fractum fuerit, actio hoc capite constituitur, quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum est; unde non solum usta aut rupta aut fracta, sed etiam scissa et collisa et effusa et quoquo modo uitata aut perempta atque deteriora facta hoc uerbo continentur*. Es verdad que los juristas clásicos atribuyen este amplio significado a los *veteres*; pero, según este autor, no se puede olvidar que éstos, cuando hablan de *veteres*, muy probablemente aludían a los juristas de la tardía república para los cuales efectivamente es probada la tendencia a interpretar *rumpere* en el sentido de daño: tendencia no del todo seguida y que, en todo caso documenta el hecho de que *rumpere* tenía un valor más restringido respecto a aquél de dañar; esto es, si Junio Bruto, mirando a extender la tutela aquiliana al caso del aborto procurado a la esclava, cualifica el hecho como *quasi ruptio* quiere decir que a su tiempo *rumpere* no significaba dañar. MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, cit. p.56.

³⁶² PLAUT. *Poen* 540: *tua causa nemo nostrorumst suos rupturus ramites.*; *Mer* 151: *experiri, qui me rupi causa currendo tua.*

³⁶³ PLAUT. *Mer* 138: *tua causa rupi ramites, iam dudum sputo sanguinem.*

³⁶⁴ ISID. *Etym.*5, 27, 24: *Incesti iudicium in virgines sacratas vel propinquas sanguine constitutum est. Qui enim talibus miscuntur incesti, id est incasti habentur.*

³⁶⁵ GELL. 20,1,34: *Verum est, mi Favorine, talionem parissimam fieri difficillime. Sed decemviri minuere atque extinguere volentes huiusmodi violentiam pulsandi atque laedendi talione, eo quoque metu coercendos esse homines putaverunt neque eius, qui membrum alteri rupisset et pacisci tamen de talione redimenda nollet, tantam esse habendam rationem arbitrati sunt, ut, an prudens imprudensne rupisset, spectandum putarent aut talionem in eo vel ad amussim aequiperarent vel in librili perpenderent; sed potius eundem animum eundemque impetum in eadem parte corporis rumpenda, non eundem quoque casum exigi voluerunt, quoniam modus voluntatis praestari posset, casus ictus non posset.*

Y de entre las fuentes jurídicas escoge un fragmento de Ulpiano donde el término *rumpere* aparece recogido, a su juicio, en su significado fundamental aunque se refiera a su uso en el tercer capítulo de la *Lex Aquilia*:

D. 9, 2, 27, 17 (Ulp.l.18 *ad ed*): *Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgis vel loris vel pugnīs cecidit, vel telo vel quo alio, ut scinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit*
...

(Entendemos ciertamente que rompió el que hubiera herido, o dio con varas, o con correas, o con puños, o con dardo, o con cualquier cosa de suerte que le hiriese a alguno el cuerpo)

Por último, añade el texto de Festo donde nos informa que en las XII Tablas el término *rupitias* significaba *damnum dare*; puesto que el autor utiliza el término *damnum* en el significado objetivo de daño que es, como ya hemos mencionado con toda probabilidad, posterior a la misma ley Aquilia, MANFREDINI interpreta que no se puede inferir que "*rupitias*" significaba daño sino que designaba casos de los que descendía una pérdida patrimonial (*damnum* en sentido subjetivo).

2.- MEMBRUM: Con certeza se sabe que ya en tiempos de Cicerón y en el curso de toda la época clásica el término designaba una *pars corporis*, no específicamente un miembro articulado ni sólo el órgano provisto de una autónoma funcionalidad o autonomía vital: esto es evidente en el fragmento de *Cicerón Fin 3,18*:

...Iam membrorum, id est, partium corporis alia videntur propter eorum usum a natura esse

donata, ut manus, crura, pedes ut ea quae sunt intus in corpore, quorum utilitas quanta sit a medicis etiam disputatur, alia autem nullam ob utilitatem quasi ad quendam ornatum, ut cauda pavoni, plumae versicolores columbis, viris mammae atque barba así como en el texto de Cicerón *top* 6.30³⁶⁶

(...otros de los miembros o de otras partes del cuerpo, parece que han sido dadas por la naturaleza por su utilidad, como las manos, los brazos los pies lo mismo que lo que hay en el interior del cuerpo, cuya utilidad cuánta sea, hasta los médicos lo discuten; otras partes no por utilidad sino como para ornamentación, como las colas de los pavos reales, las plumas tornasoladas de las palomas, las mamas y la barba en los varones)

Es bastante posible que tal fuese el significado del término ya en la tabla 8. 2. Así lo entiende Cecilio Africano en la conocida discusión concerniente a la norma³⁶⁷. En Plauto el término, usado casi exclusivamente en plural, se refiere al cuerpo. Sin embargo, la etimología más probable considera como significado más antiguo del término aquél de parte de cuerpo de ser viviente. Por lo tanto, MANFREDINI entiende adecuadamente que en tab.8, 2 *membrum* designase la *pars corporis*, esto es, una parte del todo.

De esta manera, el *membrum ruptum* incluiría aquellos actos que lesionasen una parte del cuerpo. Dentro de estas lesiones

³⁶⁶ CIC. *top*. 30: *Partitionum autem et divisionum genus quale esset ostendimus, sed quid inter se differant planius dicendum est. In partitione quasi membra sunt, ut corporis, caput, umeri, manus, latera, crura, pedes et cetera. In divisione formae, quas Graeci εἶδη vocant, nostri, si qui haec forte tractant, species appellant, non pessime id quidem sed inutiliter ad mutandos casus in dicendo. Nolim enim, ne si Latine quidem dici possit, specierum et speciebus dicere; et saepe his casibus utendum est; at formis et formarum velim. Cum autem utroque verbo idem significetur, commoditatem in dicendo non arbitror neglegendam*

³⁶⁷ GELL. 20, 1, 34.

corporales el autor supone que estaría comprendida la fractura de un hueso y afirma que sería fundado pensar que en origen fuesen consideradas sólo las lesiones externas y manifiestas, con exclusión de aquéllas de las que derivase la muerte. La norma haría referencia específica a las lesiones mismas, comprendidas a través de la denominación del ilícito, lo que impedía que se pudiesen reprimir las acciones abstractamente idóneas para provocarlas. Esto es, a título de *m.ruptio* se reprimía la herida, la fractura de un hueso, la lesión temporal o permanente de un órgano de sentido etc., pero no la acción que producía tales eventos, probablemente relacionada al ejercicio de un *verberatio*.

3.-TEXTO DE LA NORMA: El texto oficial de la tabla 8. 2 es el recogido por Gelio donde el filósofo Favorino de memoria lo recita³⁶⁸ en el curso de la *discreptio* con el jurista Africano con estos términos:

Gelio 20, 1, 14: *Nonnulla autem in istis legibus no consistere quidem, sicuti dixi, visa sunt, velut illa lex talionis, cuius verba, nisi memoria me fallit, haec sunt: si membrum rupit*³⁶⁹, *ni cum e pacto, talio esto.*

Dicho texto es confirmado por el de Festo:

Fest. sv *talionis* (L.496): *Talionis mentionem fieri in XII ait Verrius hoc mod: si membrum rup<s>it, ni cum eo pacit*³⁷⁰, *talio esto.*

³⁶⁸ Es importante subrayar la muy probable tradición jurídica del testimonio de Gelio-Favorino, siendo este último documentado a través de la lectura del comentario de Labeón de las XII Tablas. Lo cual nos puede llevar a presumir una muy posible veracidad de la redacción que nos ofrece el texto.

³⁶⁹ Al perfecto *rupit* recogido por Gelio Manfredini entiende que deba sustituirlo la forma más arcaica *rup<s>it* propuesta por LINDSEY en la edición crítica de Festo.

³⁷⁰ El único elemento de notable diferencia entre los dos textos está representado por la locución *ni cum e pacto*, cuya falta de sentido sintáctico en el primer texto hace pensar a MANFREDINI en un error de Favorino que refiere el texto de memoria o a una torpeza por él conscientemente querida para producir una fácil impresión sobre el adversario proponiéndole un texto oscuro, o bien un error de Gelio quién podría haber apuntado mal las palabras de Favorino.

La norma supone una fase extrajudicial referida en el texto con la locución "*ni cum eo pacit*", en la que el responsable de la lesión y su víctima (o más probablemente, los respectivos grupos familiares) pueden acordar en aras de la composición, sobre bienes-instrumento de composición y sobre la cantidad de los mismos. En esta fase queda siempre, en abstracto, al *ruptor* la facultad de refutar la *pactio* y someterse voluntariamente al talión, así como al *ruptus* de rechazar la oferta de composición para ejercitar el talión. Los derechos implícitamente contemplados por la norma son dos: aquél del *ruptus* de ejercitar y aquél del *ruptor* de sufrir el talión.

En el caso de ausencia de *pactio*, la *civitas* interviene sólo para legitimar tal ejercicio del talión, a través de la pronunciación de la *addictio* en los casos notorios e incontrovertidos o dando vida, al contrario, a un proceso de verificación en torno a la existencia del hecho delictivo.

Si bien esto es lo que se recaba del texto, MANFREDINI intuye que la orientación de práctica estaría dirigida no a un uso generalizado del talión, sino más bien al de la composición por el hecho de que éste se supeditase a la falta de *pactio* y que los intereses de las partes previsiblemente tendiesen a esta última, ya que el dañado pretendería conseguir un resarcimiento económico y el ofensor sería reticente a sufrir el talión. De ahí que se pueda considerar que ya en las XII Tablas la pena del talión estuviese en desuso. Parece por ello adecuado entender una regulación de las lesiones personales anterior a las XII Tablas donde se penase con el talión.

Sin embargo, esto no significa -según este autor- que fuese fácil alcanzar una composición pecuniaria. La dificultad radicaría en la elevada cifra que solicitase el dañado frente a la cual la *civitas*

intervendría para encontrar soluciones mediatas y el recurso en su caso a un árbitro. Esto se comprende si se analiza el desarrollo de la práctica procesal de la *m.ruptio* con posterioridad a la época de las XII Tablas, conforme lo que Cecilio Africano nos muestra en Gelio 20, 1, 37-38³⁷¹. En el caso de falta de composición extrajudicial, el *ruptor*, cuando no quiera someterse al talión autorizado por el magistrado, tiene la facultad de pedir una *aestimatio* al juez quien condena *ad pecuniam multam*, siendo vinculante incluso para el *ruptus*. Este desarrollo muestra que ha desaparecido el derecho del *ruptus* de ejercitar el talión y se tiende a una valoración económica de la lesión sufrida.

El régimen de la *m.ruptio* tal y como aparece documentado en la tab.8, 2 y en los sucesivos cambios de los que se ha hablado, sugiere a MANFREDINI dos consideraciones:

1) La posibilidad de conseguir una justa *aestimatio* de la lesión que tuviese en cuenta los diversos grados de gravedad y permitiese la determinación de una pena resarcitoria proporcionada al daño, hace que deba revisarse la función que comúnmente se atribuye al edicto *de iniuriis aestimandis*, esto es, aquélla de haber finalmente haber dejado de lado las penas fijas en el tema de lesiones personales (talió, 300-150 y 25 ases) y de haber introducido el régimen de la pena estimatoria.

2) Los cambios realizados en la reglamentación de la *m.ruptio* fijada por los decemvros en la tabla 8. 2 acreditan que los preceptos de las XII Tablas no han conservado inalterada a través de los siglos su originaria formulación hasta que no cayeron en desuso; indicio que las normas del antiguo código han sufrido una progresiva

³⁷¹ GELL.20, 1, 37-38: *...nolo hoc ignores hanc quoque ipsam...talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. Nam si reus, qui depecisci noluerant, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat.*

adaptación³⁷² a los nuevos modos de entender la situación jurídica por éstas considerada.

Apoyado en esa progresiva adaptación de los preceptos decemvirales, MANFREDINI considera que la tab.8,2, el *membrum ruptum*, como precepto que comprende todas las lesiones personales ha sido desarrollado en época postdecemviral y que las normas atribuidas a las tablas 8. 3 y 8.4 muy probablemente pertenecen al cuadro, que quizá no se conozca completamente, de tales modificaciones.

Conforme a lo establecido por este autor, sólo es concebido por los decemviros la figura del *membrum ruptum* para las lesiones corporales. Los argumentos para considerar el *os fractum* y la llamada *iniuria* simple como interpretatio jurisprudencial realizada en el curso del siglo IV a.C. en el ámbito de la *membrum ruptum* penada en las XII Tablas son los siguientes:

1. - en primer lugar la sanción³⁷³ representada en una suma fija de 300-150 ases (para el *os fractum*) y 25 ases (para la *iniuria*), una composición establecida autoritariamente por la *civitas* y por lo tanto, no derogable. Implica la superación del régimen de la *pactio* privada con la que se venía deteniendo el mecanismo de la

³⁷² Según MANFREDINI qué órganos hayan realizado esta obra de adaptación en el oscuro periodo que comprende la segunda mitad del V siglo a.C y todo el IV a.C es difícil de decir. Si bien parece suficientemente clara la actividad de los pontífices en orden a la interpretación de la costumbre jurídica, no puede decirse lo mismo de la autoridad que ejercitaba la jurisdicción civil, al menos hasta la creación de la pretura. MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria* cit. p.66. Asimismo, como dato seguro sobre el proceso de adaptación y de revisión de muchos preceptos decemvirales, en el desarrollo del tiempo se presenta el texto de GELL 20, 1, 22: .. *Non enim profecto ignoras legum oportunitates et medelas pro temporum moribus et pro rerum publicarum generibus ac pro utilitatum praesentium rationibus proque vitiorum, quibus medendum est, fervoribus mutari atque flecti neque uno statu consistere, quin, ut facies caeli et maris, ita rerum atque fortunae tempestatibus varientur.*

³⁷³ El término *poena*, en Tab. 8,3 y 4 (cfr. FIRA, I, 53-54) denota una concepción demasiado lejana de aquella de los orígenes cuando significaba rescate de la venganza (cfr. WISSCHER, *Les origines de l'obligation ex delicto*, en Etudes de droit romain, París-Bruxelles) En los textos que tratamos *poena* asume un significado asimilable a aquel moderno de sanción con función resarcitoria. Cfr. GUILLEN *El latín de las XII tablas*, en Helmantica 58 (1968) y sobre el desarrollo del concepto de *poena* cfr. ALBANESE sv. *Illecito* en Enciclopedia del diritto, XX Milano 1970.

ejecución, autorizada por la *civitas* y la asunción, por parte de la *civitas* misma, de la labor de realizar una justa *aestimatio*, vinculante para las partes³⁷⁴.

2. - en segundo lugar las sanciones expresadas en ases³⁷⁵ - únicamente en la Coll. 2, 5, 5 con evidente anticipación se habla de sextercios- y la específica referencia que las fuentes más verosímiles hacen al as libral³⁷⁶ pueden inducir a considerar la época de difusión de esta moneda (338 a. C) como seguro *terminus post quem* de aquélla en la que las dos normas fueron emanadas.

No obstante se puede argumentar que fueron emanadas las normas con las penas establecidas en *pecunia non numerata* sino, por ejemplo, en ganado o en *aes* (*rude* y *signatum*³⁷⁷) aunque en I. 4, 4, 7 se nos dice: "*propter os vero fractum nummariae poenae erant constitutae*".

De igual modo, argumenta este autor que la precisión de penas fijas con función resarcitoria pudiera ser concebida sólo en presencia de una moneda de curso legal capaz de traducir el valor de cualquier bien económico y traducirse todo tipo de bienes.

³⁷⁴ Según MANFREDINI, se trata de la misma línea de desarrollo que se encuentra documentada por GELL 20, 1, 38 a propósito del *membrum ruptum*: *...nolo hoc ignores hanc quoque ipsam...talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. Nam si reus, qui depecisci noluerant, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat.*

³⁷⁵ GELL. 20,1,31.

³⁷⁶ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, "Pecunia numerata en función de precio en la emptio-venditio romana" en Estudios Homenaje Prof. Álvarez Suárez 1978, pp. 127-135. Según MANFREDINI, la fundición del as libral es convencionalmente fechada en el 338 a. C. cfr. CESARO, *La moneta di Roma* en Guida allo studio della civiltà di Roma antica, II, Napoli 1961; en los años comprendidos entre 311 y 295 por CLERICI *Economia e finanza dei Romani*, Bologna 1943; en la época de Anibal por MATTINGLY-ROBINSON, *The first age of roman coinage*, en JRS 35, 1945; en la época de las guerras tarentinas por THOMSEN, *Early roman coinage*, III, Kobenhavn 1961. Actualmente para la datación convencional se ha considerado con buenos argumentos los dados por DE MARTINO, *Riforme del IV secolo a. C.*, en BIDR 78, 1975.

³⁷⁷ Así opina APPLETON, *La monnaie romaine at les XII tables*, París, quien considera que después de la emanación de la *lex Aternia Tarpeia* que habría sancionado la obligación de las composiciones y de las multas en *aes*, las XII tablas hubieron previsto las penas fijas en libras de bronce.

El régimen de la *pactio* privada (tablas 8,2; 3,5 y 1,6-7) asignaba plena autonomía a las partes sobre la decisión de la calidad y cantidad del bien económico que sirviese de resarcimiento. Los bienes pactados representaban una utilidad directa para el sujeto herido o al menos se presumía que así lo era. Además el acuerdo privado debía necesariamente tener en consideración la disponibilidad patrimonial del reo.

Por ello, estima MANFREDINI que parece bastante improbable que, sobre el fondo de las precarias condiciones económicas en las que estaba Roma en el siglo V a. C y siendo los bienes más preciados (ganado y *aes*) poco difundidos y en pocas manos la *civitas* haya sustraído a la víctima la libertad de decidir qué bien le fuese más útil económicamente.

Por ello, en el siglo V a. C. la ausencia de moneda de curso legal, la crisis económica y la concentración de la riqueza mobiliaria hacen prevalecer la *condemnatio in ipsam rem* (Gayo. 4, 48) y, paralelamente, la gran difusión de la *pactio* privada. Es ya en el siglo IV a. C. cuando cambia el cuadro de las relaciones económicas con la difusión de la propiedad fundiaria, la *possessio* sobre el *ager publicus* que provoca mayor bienestar, cuando Roma con la expansión entra en contacto con otras poblaciones más evolucionadas³⁷⁸ trayendo la moneda de curso legal³⁷⁹ y el fenómeno de la esclavitud tiene mayor dimensión³⁸⁰, cuando puede entenderse una pena fija en ases. Y es también el momento en el que la disposición que sanciona con 150

³⁷⁸ MANFREDINI a este respecto plantea la idea puramente hipotética de que Roma en la ciudad de Turín y de Nápoles de fuerte tradición ática haya conocido la antigua legislación atribuida a Solón y haya traído disposiciones que parezcan sin duda anacrónicas si son referidas, como quiere la tradición sobre las XII Tablas, al ambiente social y económico de la mitad del V siglo. En la misma ocasión pudo ser recibido el régimen de las penas fijas que la legislación de Solón conocía respecto a las injurias verbales. Este podría ser un modo para explicar la excepcionalidad del dato representado por las penas fijas dentro de todo el cuadro de la experiencia jurídica romana.

³⁷⁹ Según este autor de Capua trae origen la moneda de curso legal.

³⁸⁰ El fenómeno de la esclavitud adquiere una más amplia dimensión y se impone con la ley *Manlia de vicesima manumissionum* la obligación de entregar al erario una parte de sobre las manumisiones.

ases la fractura de un hueso al esclavo expresa nuevas exigencias de una regulación más satisfactoria del daño a los esclavos que encontrará su adecuada recepción en la emanación pocos años después de la *lex Aquilia* que es fechada³⁸¹ en torno al 287 a. C.

Sin embargo, frente a esta interpretación de MANFREDINI queremos referir la evolución que FERNÁNDEZ DE BUJÁN. A³⁸² considera respecto a la moneda. En contra de los autores³⁸³ que sostienen que la moneda ha sido inventada en Italia, sigue la opinión común³⁸⁴ de que es en Lidia donde en un primer momento los metales preciosos que funcionan como dinero cobran en el siglo VII a.C la forma de la moneda lenticular, es decir, la de un trozo de metal acuñado bajo la autoridad del Estado y al que éste garantiza un determinado peso. De ahí se extiende rápidamente por todo el mundo griego e itálico³⁸⁵.

En Roma la tradición habla del envío de una comisión de diez personas –*decemviri legibus scribundis*– a Grecia hacia los años 450-451 a.C para informarse de las leyes de Solón y habiendo éste establecido definitivamente en aquella época el monedaje en Atenas, debieron seguramente los decemviros a su vuelta intentar hacer lo mismo. Esa primera moneda que se acuña en Roma es el *as*³⁸⁶.

³⁸¹ BISCARDI, *Sulla data della l. Aquilia* en Scritti Giuffrè, I, Milano 1967. CARDASCIA, *La portée primitive de la loi Aquilia*, en Daube Noster.

³⁸² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*, Reus, Madrid 1993, p.31 ss. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Pecunia numerata cit.”; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. “La compraventa en Derecho romano de obligaciones”, Estudios Homenaje al Profesor José Luís Murga Gener, pp.549-564, 1994 y FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Compraventa, Materiales de Conocimiento. Derecho Romano*. Portal electrónico de Derecho IUSTEL .www.iustel.com, 2002.

³⁸³ PIZZAMIGLIO, *Storia della moneta romana*, Roma 1867.

³⁸⁴ PAOLI, *Urbs*, Barcelona 1964.

³⁸⁵ Más tarde, bajo la dominación de los persas, aunque mucho más lentamente, entre los pueblos civilizados del Oriente.

³⁸⁶ FESTO, *De verb. Signif.* 98: *Grave aes dictum a pondere, quia deni asses, singuli pondo libras, efficiebant denarium*. VARRÓN en *De lingua latina*, IX, 83 nos refiere que *as* era una palabra simple que designaba la unidad. Los antiguos decían algunas veces *aes* en lugar de *as* (*pro assibus nonnumquam aes dicebant antiqui*) que todavía en ese tiempo un *as* en la mano se decía: *hoc aere* o *hac aenea libra*. El *as* era la unidad monetaria, tenía en consecuencia en plural una significación indefinida, por lo que se decía *asses*.

La fecha de aparición del *as* -que es lo que aquí interesa para fechar los ilícitos penados con pena pecuniaria fija en ases- ha sido y es, según este autor, objeto de viva controversia³⁸⁷. No obstante, entiende que debe fecharse la aparición del *as* en las XII Tablas, siendo por tanto, en este momento cuando la pesada de *as* deviene ficticia. Cuando las XII Tablas afirman: *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto*, se nos dice que lo importante no es lo que se pesa, sino lo que se dice, que las palabras pronunciadas son ley entre las partes. La cantidad en número como cantidad pecuniaria se menciona aparte de la ficción de la pesada del bronce. Con esto, según FERNANDEZ DE BUJÁN, queda relegado el peso del metal y cabe admitir que, o bien se usaba con anterioridad o bien las XII Tablas consagraron la introducción del dinero amonedado. El hecho de la sustitución de la antigua pesada por la *nuncupatio* a partir de las XII Tablas es un claro signo de la introducción de la moneda, ya que la expresión *nuncupata pecunia* se utiliza en las fuentes en el sentido de dinero amonedado³⁸⁸. Fue entonces cuando se sustituyó legalmente el uso del dinero en lingotes acuñado como cantidad de monedas expresada en números,

³⁸⁷ FERNANDEZ DE BUJÁN presenta la datación de otros autores que MANFREDINI no menciona MOMMSEN *Historie de la monnaie romaine*, I, 1865 quien entiende que pueda admitirse la utilización de la moneda numerada a partir de las XII Tablas por la combinación de dos textos de Festo (*obibus* y *peculatus*), según los cuales ésta ha debido tener lugar entre el 300 y el 324 de la cronología tradicional: en el año 300 encontramos una ley Aternia-Tarpeia que fija el máximo de las multas en cabezas de ganado, pues no se conoce otra moneda oficial; por el contrario, en el 324 estas multas son fijadas en moneda. Tanto APPLETON como MONIER, sostienen que la moneda de bronce no aparece más que un siglo al menos después de las XII Tablas; para PAIS, *Histoire romaine*, 1926, I, la aparición de la moneda acuñada coincide con la fundación del templo de Juno Moneta, hacia el año 335 a.C; para CAVAGNAC, *L'évolution de l'organisation centuriate d'après les derniers travaux numismatiques*, RIDA, 1949, 2 en la víspera de la primera guerra púnica (264 a.C), los romanos amonedaban desde hacía poco el *as* de bronce sobre la base de la libra osca; para PETIT debe fecharse en las XII tablas o poco después la utilización del dinero amonedado; para NACK.WÄGNERK, la moneda se introduce en Roma en un momento posterior a los decenviros; PARETI y DE SANCTIS fechan la aparición de la moneda en Roma poco después de la mitad del siglo IV a.C. cfr. FERNANDEZ DE BUJÁN, *El precio como elemento comercial*, cit. p.32. nt. 49.

³⁸⁸ FESTO, *De verb.signif.* 181: *Nuncupata pecunia est, ut ait Cincius in lib. II de officio iurisconsulti, nominata, certa, nominibus propriis pronuntiata (Lex XII Tab.6,1): "cum nexum faciet mancipiumquem uti lingua nuncupassit, ita ius esto": id est uti nominarit, locutusve erit, ita ius esto. Vota nuncupata dicuntur, quae consules, praetores, cum in provinciam proficiscuntur, faciunt: ea in tabulas, praesentibus multis referuntur. At Santra lib.II, de verborum antiquitate, satis multis nuncupata conligit, non directo nominata significare, sed promissa, et quasi testificata, circumscriba, recepta, quod etiam in votis nuncupandis esse convenientius. VARRON: Nuncupare nominare valere apparet in legibus, ubi nuncupatae pecuniae sunt scriptae.*

por lo que puede considerarse la relegación de la importancia de la antigua pesada a partir de las XII Tablas como un síntoma de la introducción de la moneda, *pecunia numerata*³⁸⁹.

Con esta apreciación sobre la fecha en que el *as* pudiera haber tenido su surgimiento, se puede considerar que la pena de 300 y 150 ases y 25 ases de las tablas 8.3 y 8.4 es perfectamente atribuible a la época en la que son publicadas, de manera que las normas del *os fractum* e *iniuria* serían emanadas en los tiempos de las XII Tablas. No habría necesidad de entender estas normas emanadas con posterioridad y como proceso culminante de la evolución de la *pactio* y del talión de la norma del *membrum ruptum* tab.8, 2 como entiende MANFREDINI.

2. OS FRACTIO tab.8,3

Siguiendo, no obstante, esa interpretación que haría fechar la emanación de las normas sobre el *os fractum* y la *iniuria* entre los siglos IV y III a.C, MANFREDINI explica la tabla 8,3, el *os fractum*, como una norma que aparecería regulada de forma autónoma sólo en el momento en el que, en el tema de represión de lesiones personales, prevalece la práctica de recurrir a los órganos de la *civitas* para pedir al juez una justa *aestimatio* de la cantidad del bien que servía de resarcimiento, referida a la entidad de la lesión y vinculante para las partes.

Al principio la *os fractio* al igual que el resto de lesiones (sólo existía la tab.8,2, el *membrum ruptum*) era penada con el talión y con el arbitrio representado por la *pactio*, conforme afirma Catón, citado en Prisc. *Gramm.*VI, 264 K: *Cato tamen os protulit in III originum: si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus*

³⁸⁹ FERNANDEZ DE BUJÁN, *El precio como elemento comercial*, cit. p.34-35.

cognatus ulciscitur. De esta manera la pena fija de 300 y 150 ases prevista para la fractura de un hueso no era originaria sino que es precedida por el talión y este talión es previsiblemente desconocido por las XII Tablas ya que las palabras de Catón no se refieren a la ley de los decenviros.

Uniando esta afirmación y el régimen de la *aestimatio poena* referido al *membrum ruptum* en el texto de Gelio, sugiere MANFREDINI la idea de que para facilitar la práctica judicial e uniformar los criterios de valoración, se haya difundido la costumbre de reagrupar los diversos tipos de lesiones, rubricados con una denominación bastante genérica (por ejemplo *o.fractiones, vulnera, castratio ...etc*) y de unir a éstas valoraciones de regla del daño, las cuales podían servir como modelo, o en el curso de la *aestimatio* judicial, o también en la composición privada siempre que se pidiese orientación a los órganos de la jurisdicción. La difusión de la moneda legal favorecería este procedimiento que según este autor hubiera tenido a la cabeza al Colegio de los Pontífices ya que era atribuida a ellos la *iuris interpretatio* hasta finales del siglo IV a.C. como monopolio del ejercicio y desarrollo del derecho y procedimiento.

Como muestra de la decisiva intervención de los pontífices³⁹⁰ en la *interpretatio* del derecho privado se encuentran en la tradición las palabras recogidas en D. 1, 2, 2, 6 donde Pomponio habla de *interpretandi scientis* de las XII Tablas y de la formulación de medios procesales (*apud collegium pontificum erat, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praesset privatis, es decir, pero la ciencia de todos*

³⁹⁰ Intervención realizado con los caracteres de monopolio en virtud del secreto y naturaleza de oráculo de su actividad. Si duda sus interpretaciones se convertían en directivas impartidas al órgano jurisdicente (D.1, 2, 2, 6 ciertamente por su actividad del *agere*) y a los particulares (D. 1, 2, 2, 6: *apud collegium pontificum erat, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praesset privatis*) que lo pidiesen y muy probablemente fuesen apuntadas por escrito en actas oficiales por exigencias de uniformidad y constancia. Así esta interpretación de derecho que según FERNANDEZ DE BUJAN, *Derecho Público Romano*, cit., p. 135 era realizada por los pontífices, no en atención a la voluntad de los dioses sino con sus propias técnicas, su propia lógica y propia fundamentación era conservada por escrito y en secreto en los *libri pontificales*.

ellas, y la de interpretarlas, y las acciones residían en el Colegio de los Pontífices, de los cuales se nombraba uno que cada año presidiese el conocimiento de las causas particulares). De este modo es probable que en el caso de la interpretación de una norma arcaica o de un precepto de época de las XII Tablas, no se pretendiese traer una nueva reglamentación, encontrada por medio de la interpretación de aquella antigua, en una vieja forma tal vez arcaizante y con rigor de términos.

Esto según MANFREDINI explicaría, o podría explicar por un lado la ausencia de una formulación atendible y precisa de la norma sobre la *os fractio* sancionada con una pena fija y por otro lado, la indeterminación de la denominación *os frangere*. Se trata de una expresión muy amplia, no rigurosa a la hora de individualizar el hecho, ya que pone en el mismo plano la fractura del dedo del pie y la fractura del fémur. Por ello, es posible que frente a la gravedad de una fractura que fuese acompañada por una herida los pontífices en el acto de conceder la acción sugerirían el procedimiento estimatorio³⁹¹. Y una vez publicado el material jurídico³⁹² de los archivos de los pontífices se procedería a una sistematización de todas las normas relativas al *ius civile* en la que coexistirían respecto a las normas atribuidas a las XII Tablas los originales, preceptos cuya formulación era conservada en el tiempo en que se archivaron, y

³⁹¹ Esto lo podían hacer, según esta interpretación, en cuanto las disposiciones por ellos elaboradas eran destinadas a un uso interno y presentaban las características de la nota que traía un mero criterio interpretativo, destinado a precisar en el curso de la práctica judicial cuando el jurisdicente o los particulares se dirigían a los pontífices para pedir el programa de la acción, donde estaban expresadas las definiciones jurídicas del hecho y en relación con esta, el régimen de la pena.

³⁹² La primera publicación se entiende realizada por GN. FLAVIO. D. 1, 2, 2, 7 recoge la versión de Pomponio según la cual Gn. Flavio habría iniciado la carrera política después de la publicación de las *actiones* sustraídas a Appio Claudio. Esta versión sólo está presente en PLINIO *nat.* 33, 17-18 donde se calla el hecho de la sustracción y se habla de la publicación del calendario judicial. No obstante, es considerada más aceptable la versión de LIVIO (9, 46, 1-12) según la cual la divulgación de Flavio se habría realizado cuando éste era edil, divulgación realizada con claro espíritu antinobiliario: *Ceterum, in quod haud discrepat contumacia adversus contemnentes humilitatem suam nobiles certavit; civile ius, repositum in penetralibus pontificum, evulgavit fastosque circa forum in albo proposuit, ut quando lege agi posset sciretur; aedem Concordiae in area Volcani summa invidia nobilium dedicavit; coactusque consensu populi Cornelius Barbatum pontifex maximus verba praeire...*

aquellas más recientes, de más reciente formación que recogerían las interpretaciones. De esta manera cuando pocos años después Sexto Elio Cato en los *tripertita* (II a.C)³⁹³ esboza una reconstrucción de las XII Tablas no puede superar el hecho fuertemente enraizado de las falsas atribuciones de preceptos a la antigua ley.

La interpretación de MANFREDINI plantea, desde nuestro punto de vista, algunos interrogantes por los que no se llega a creer el porqué debe entenderse el desarrollo histórico conforme las soluciones que este autor presenta. Si bien es cierto que el argumento tiene una lógica aceptable, no puede dejarse de apreciar en primer lugar el hecho de que, conforme hemos expuesto con anterioridad, no es necesario entender que esta tabla 8,3 deba ser fechada después de la publicación de las XII Tablas por ser castigado el supuesto ilícito con una pena pecuniaria fija y concretamente en ases. Ya en época de las XII Tablas existía una moneda que pueda determinar el establecimiento de una pena fija.

En segundo lugar, el hecho de que Catón mencione que el *os fractum* había sido en su origen penado con el talión, no demuestra la unidad con el *membrum ruptum*, sólo manifiesta que como lesión física que era, en tiempos más antiguos en los que no existía una moneda de curso legal y cuando la pena manifestaba no tanto un carácter de resarcimiento, de valor sustitutivo, sino su función originaria de rescate de la venganza, era castigada con el talión. Tal vez pudiera ser entendido el *os fractum* unido al *membrum ruptum* en una época predecemviral pero deviniendo autónomo con la pena pecuniaria fija en la época decemviral.

De igual modo no existen pruebas que acrediten que la mención de la antigua pena del talión para el caso del *os fractum*

³⁹³ LENEL, *Palíngenesia* I, cols. 1-2

después penado con 300/150 ases, y el desarrollo del procedimiento del talión del *membrum ruptum* en época postdecemviral (que recoge Gelio) mostrando un régimen de *aestimatio poena*, puedan y deban interpretarse de modo conjunto, afirmándose que la norma del *os fractum* penado con los 300/150 ases sea una regla de valoración del daño que los pontífices hubiesen establecido internamente como intérpretes de la legislación decemviral como modelo, tanto del *pactio* extrajudicial como de la *aestimatio poena* judicial, en caso de ausencia de composición entre *ruptus* y *ruptor*. Una norma tal que fuese sólo interna, que sirviese como una especie de tabla de tasación de las lesiones, conservada junto con la redacción original del precepto de las lesiones sólo la tab.8, 2 y que con la publicación de los archivos pontificales se estableciese como norma independiente y atribuida a las originales XII Tablas nos parece poco verosímil y un argumento apoyado en suposiciones lógicas que habría que asumir sin pruebas fehacientes.

Además tampoco se entiende la afirmación de que la pena pecuniaria fija implique la superación del régimen de la *pactio* privada con la que se venía deteniendo el mecanismo de la ejecución del talión, puesto que la pena fija no refleja un avance ni en la proporcionalidad ni en el equilibrio de la pena no ya como elemento de venganza sino como un medio con función resarcitoria. Es claro que la pena del talión no es más cruel que la pena pecuniaria fija, y que la *pactio* es, si cabe, más justa que la pena fija que puede resultar desequilibrada, por tanto, no es de recibo entender que se produce una superación en el cambio de penas.

Por último, respecto a la afirmación de MANFREDINI de que la denominación de *os frangere* es indeterminada, siendo muy amplia y poco rigurosa porque pone en el mismo plano la fractura del dedo del pie y la fractura del fémur, habría que decir que en principio parece

que toda pena pecuniaria fija que sea establecida como pena de una lesión física es esencialmente “injusta” a no ser que se tomen en consideración las circunstancias de cada caso.

Es evidente que la valoración taxativa de las lesiones es muy difícil de acordar si no se determina muy concretamente la lesión, puesto que igual que no es equiparable la lesión de un dedo a la del fémur en términos generales, que llevaría a pensar en penar con mayor gravedad la segunda respecto a la primera, tampoco es igual la lesión de un dedo y un fémur de un orfebre o artesano en las que la justicia nos invitaría a compensar más económicamente por la primera respecto a la segunda. Por ello, no puede servir de argumento de indeterminación la valoración de la pena, la no rigurosidad de la pena, puesto que es perfectamente determinada la fractura de un hueso.

Sólo en un momento más avanzado en el tiempo esa inadecuación de la pena fija sería superada por la pena estimatoria³⁹⁴. Asimismo en el caso de que la fractura fuese acompañada por la herida conforme al sentido amplio del *membrum ruptum* que actualmente es aceptado sería penado como tal lesión de menoscabo físico estableciéndose la posibilidad de acuerdo extrajurídico o procedimiento del talión que en época postdecemviral llevaría a la posibilidad de acudir a una *aestimatio poenae*.

3. INIURIA tab.8,4

Según MANFREDINI la norma atribuida a la tab. 8.4 no sólo ha podido sufrir semejante suerte a aquélla de la tabla 8.3, sino más intervenciones, lagunas de transmisión y contaminaciones

³⁹⁴ Para el caso del *membrum ruptum* como hemos visto mediante la posibilidad de acudir al juez para una *aestimatio poena* y en el caso tanto de *os fractum* como *iniuria* mediante el *generale edictum de aestimandis iniuriis*.

lingüísticas y de sustancia. Se alude a la noción de *iniuria* en el sentido de *Contumelia* ya presente en el ambiente de la retórica del último siglo de la República y aplicada al delito de lesiones personales a partir de Labeón.

Según este autor la norma contenida en la tabla 8,4 es una de las disposiciones que traen origen de la interpretación jurisprudencial del *membrum ruptum* y esto es sostenido por los siguientes argumentos:

1. - siempre son citados conexamente *membrum ruptum*, *os fractum* e *iniuria* lo cual muestra la estrecha relación que siempre ha sido atribuida a éstos como un lazo de unidad entre ellos.
2. - la pena fija determinada en ases une al *os fractum* (tab.8,3) con la *iniuria* (tab.8,4) y la estrecha unión del *os fractum* (tab.8,3) con el *membrum ruptum* (tab. 8,2) revierte en la relación entre tab.8,2 y 8,4.

Es para este autor imposible determinar el ámbito de aplicación de la norma argumentando desde la locución “*facere iniuriam*”. Todo intento de determinar un sentido técnico, más limitado del genérico común, no ha dado convincentes resultados y los textos literarios no han mostrado elementos seguros donde evidenciar casos concretos de *iniuria* técnica contenida en la tabla 8.4. Por ello, se avanza la hipótesis de que la noción técnica de *iniuria*, atribuida por las fuentes clásicas y más tardíamente a una norma de las XII Tablas (tab. 8.4) representa un “Fenómeno de anticipación realizado en época relativamente tardía”, cuando después de la *interpretatio* labeoniana, la locución “*facere iniuriam*” designaba técnicamente el ilícito que se había formado a través de la fusión, en la noción de *iniuria*-

contumelia, de numerosas figuras típicas del ilícito, reprimidas singularmente con la *a.iniuriarum*.

Parte –este autor- de la fuente de mayor valor documental –tal y como ya hemos mencionado- que es el fragmento de Gelio 20, 1, 12³⁹⁵ en el que Favorino probablemente refiriéndose a lo que había aprendido en una lectura de los libros *ad XII tabulas* de Labeón cita el texto de la disposición para recordar su inadecuación con relación a la devaluación monetaria:

Gelio. 20, 1, 12: *Quod vero dixi videri quaedam esse inpendio molliora, nonne tibi quoque videtur nimis esse dilutum, quod ita de iniuria poenienda scriptum est: si iniuria(m) alteri faxsit, viginti quinque aeris poenae sunt.*

Según este texto y todos los códigos –que acogen la palingenesia de la norma decemviral- presentan la lectura de *iniuria* y no *iniuriam*, de manera que la mayor parte de los autores pretenden entender que la cita sea errónea³⁹⁶, no como consecuencia de la transcripción sino por un error de Favorino o incluso del propio Gelio, admitiéndose sin duda alguna la historicidad del diálogo entre Favorino y Africano. Sin embargo, aun admitiendo que exista una laguna en lo dicho o transcrito, MANFREDINI se plantea porqué ha de ser en lo referido al término *iniuria*, si debe aparecer en su forma *iniuria* o *iniuriam*, y propone que la laguna se refiera al verbo facere de manera que, en una interpretación conforme al momento en el que se está hablando y escribiendo, se haya sustituido verberare por

³⁹⁶ Se admite que sea un error porque expone de memoria los argumentos jurídicos que deben ser algo extraños a un filósofo o que Gelio en la transcripción del diálogo en sus notas haya omitido o no exista una exacta correspondencia con lo dicho.

el verbo que se utiliza en ese tiempo *facere*. Así entiende que tenga sustento el fragmento que continúa sobre el caballero Lucio Veracio:

Gelio.20,1,12-13: *Quod vero dixi videri quaedam esse inpendio molliora, nonne tibi quoque videtur nimis esse dilutum, quod ita de iniuria poenienda scriptum est: si iniuria(m) alteri faxsit, viginti quinque aeris poenae sunt. Quis enim erit tam inops, quem ad iniuriae faciendae libidine viginti quinque asses deterreant? Itaque cum eam legem Labeo quoque vester in libris, quos ad duodecim tabulas conscripsit, non probaret: '***' inquit 'L. Veratius fuit egregie homo inprobus atque inmani vecordia. Is pro delectamento abebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses iubebat.*

MANFREDINI entiende que no es una cita textual de Labeón y que no existen razones para dudar de la historicidad del diálogo entre Favorino y Africano desarrollado en presencia de Gelio que anotaba la conversación, ya que habría sido muy osado que Gelio inventara una realidad que se refiriese a conciudadanos ilustres que fácilmente sería desmentido. Aunque, no obstante, duda que lo referido por Favorino sea totalmente conforme a la versión de Labeón, atribuye al texto pleno valor documental para determinar el contenido de la tabla 8. 4, al tiempo en que se documenta la misma.

El texto muestra un ejemplo –real o no- del envejecimiento de la norma y destinado a los *auditores* de los juristas: la norma tomada

como modelo es aquélla que castigaba los golpes con 25 ases, precipitadamente anacrónica ahora que el *as* fue devaluado. El ejemplo de Veracio debe haberse dado en época no muy tardía a aquélla de la reducción de la onza del *as* libral³⁹⁷, producida según la tradición en el 217 a.C.³⁹⁸, quizá en torno a finales del siglo III³⁹⁹ a.C.

Siguiendo lo referido en el texto de Gelio, MANFREDINI afirma que se puede realizar una reconstrucción del objeto y la formulación de la norma de la tabla 8.4 que tiene a finales del siglo III a.C: en principio la acción que se define es *os palma verberare* y debe considerarse con un valor técnico-jurídico; además esa acción debe ser realizada *pro delectamento* con una motivación socialmente reprobable, es decir, que la acción de *verberare* sólo era penada si se realizaba *iniuria*. De esta manera, volviendo al texto de la norma que Favorino cita de memoria en estos términos: “*si iniuria alteri faxsit viginti quinque aeris poenae sunt*”, donde se utiliza un sentido adverbial de *iniuria* que no satisface el significado del verbo *facere*, MANFREDINI propone que la fuente a la que se refiere Favorino tenga esta formulación: “*si hominem liberum (alterum) verberavit iniuria, viginti quinque poenae sunt*”. Así ésta sería la formulación de la tabla 8, 4 que debiera estar en vigor a finales del siglo III a.C y según este autor, también la misma que un siglo antes, cuando la norma trajese origen de la *interpretatio* pontifical del *membrum ruptum* y tuviese por objeto penar los golpes, los ataques al cuerpo de los que no derivasen lesiones. De ahora en adelante el término *verberare* y equivalentes (*pulsare, percutere*) serán destinados a

³⁹⁷ El *as* reducido al peso de una onza tenía un peso que debía oscilar medianamente en torno a los 27 gramos, de manera que una bolsa del peso de 10 kilos y por lo tanto apta para ser llevada por un esclavo podía contener unos 400 ases dirigidos a satisfacer 16 bofetadas.

³⁹⁸ PLINIO, *Nat.* 33, 45 atribuye tal acontecimiento a la época en la que fue dictador Q. Fabio Máximo. Un fragmento de FESTO (l. 470) parece que hace referencia a un *l. Flaminia* del mismo año que habría implícitamente devaluado el *as* dejando el valor del denario de 10 a 16 ases.

³⁹⁹ Junto al dato de la devaluación del *as* se puede añadir que en la versión de Gelio–Favorino hay claras huellas de un léxico antiguo que confirma tal datación como la utilización de *crumena* o *crimena* en el sentido de *sacculus*.

asumir el papel decisivo para denominar técnicamente el ilícito de las lesiones personales, superponiéndose, a través de un proceso del que es posible reconstruir el mecanismo y aspectos prácticos a la denominación *m.rumpere*.

Antes de mencionar el proceso de evolución que habría llevado del *membrum ruptum* tab, 8, 2 de las XII Tablas hasta la norma conforme la acabamos de formular en época posterior, finales del siglo III a.C, debemos hacer unas consideraciones:

En primer lugar, que la norma atribuida a la tabla 8.4 sea una interpretación del *membrum ruptum* no creemos que se haya demostrado convenientemente, pues el hecho de que se acredite su aparición en las fuentes con el *membrum ruptum* y el *os fractum*, no lleva a constatar ciertamente tal derivación de la *iniuria* respecto al *membrum ruptum* y *os fractum*, simplemente afirma que esas tres normas tienen un ámbito común, una materia común que ha llevado a determinar esa posición en el texto legislativo, un sustrato común que es el de las lesiones personales, y más que lesiones, ofensas físicas como veremos.

De igual manera, que la *iniuria* por ser reprimida con una pena fija en ases se una con el *os fractum*, y por ello tenga la misma relación que el autor ha expresado entre el *os fractum* y el *membrum ruptum*, tampoco demuestra una interrelación en el supuesto desarrollo pontifical desde el *membrum ruptum* originario y la *iniuria*. Y esto es así por los motivos por lo que hemos disociado la unión entre el *membrum ruptum* y el *os fractum*⁴⁰⁰, de este modo, queda roto el argumento de asociación.

⁴⁰⁰ El hecho de que el *os fractum* sea sancionado con una pena pecuniaria fija en ases no lleva a determinar sobre una datación tardía del as que sea una norma emanada con posterioridad a las XII Tablas puesto que ya se constata en la época decenviral la aparición del as. Tampoco debe entenderse que el *os fractum* penado anteriormente con el talió, sea una norma interpretativa del *m.ruptum* realizada por los pontífices para ser considerada como regla de valoración de los daños.

En segundo lugar, no está justificado un fenómeno de anticipación de la noción técnica de *iniuria* clásica labeoniana a un precepto decemviral, la tab.8,4, pues aun entendiendo que la noción de *iniuria* fuese amplia y constatase un sentido genérico de injusticia poco determinado para la norma decemviral, ¿por qué los clásicos conociendo la amplitud del sentido del *membrum ruptum* -que supone MANFREDINI que tenía de todas las lesiones físicas- atribuirían sin justificación aparente el concepto *iniuria*, injusticia, a una norma decemviral y, concretamente, a una norma penada con 25 ases?. El concepto de *iniuria* que desarrolla Labeón es un concepto amplio unido a *contumelia*, de ofensa, que incluye tanto la ofensa personal como moral, ¿por qué atribuir ese concepto amplio en un solo aspecto y, concretamente, a las XII Tablas? Si se entendiese que se ha utilizado incorrectamente el término *iniuria*, por qué habría de creerse que esa utilización surgiera de una interpretación pontifical irremediablemente asumida en la publicación de los archivos del colegio de los Pontífices con otro verbo distinto al *facere*. Parecen muchas suposiciones que no tienen pruebas evidentes.

Por último, el determinar la redacción que la norma de la tabla 8.4 tiene a final del siglo III a.C en los términos "*si hominem liberum (alterum) verberavit iniuria, viginti quinque poenae sunt*" modificando el texto de Gelio y atribuir tal redacción a un siglo anterior como interpretación pontifical del *membrum ruptum* tampoco parece convincente. Con ella según MANFREDINI se habrían penado los golpes, los ataques al cuerpo de los que no derivasen lesiones, pero ¿por qué retroceder en el tiempo un siglo y negar que esta norma con estos términos fuera recogida en las XII Tablas? ¿por la pena en ases? Eso ya se ha debatido anteriormente ¿Por qué existiendo una norma que recogía todas las lesiones a la que se había atribuido en época postdecemviral una pena *aestimatio poena*

se interpreta por los pontífices y se atribuye a la acción *verberare iniuria* una pena fija de 25 ases? ¿debe entenderse que al igual que el *os fractum* se establece como una máxima de valor de los golpes?

En ese caso deben plantearse las mismas dudas para constatar esa interpretación pontifical que sería publicada con posterioridad y considerada como original por todos los autores clásicos. Podría entenderse que hubiese sucedido lo que con el *carmen famosum* que a pesar de ser mencionado por Paulo la doctrina entiende mayoritariamente que es una anticipación, quizá no del jurista clásico sino de las posibles remodelaciones postclásicas. Pero evidentemente sólo existe un texto en el que se constate tal atribución a las XII Tablas. Aquí, a pesar de las incoherencias e irregularidades que mostramos en el análisis a las fuentes jurídicas, no se puede entender que por el hecho de que las normas sean relatadas en época clásica y posteriormente se haya anticipado la noción Labeoniana de *iniuria*. Pudieran encontrarse influjos, pero no una atribución tal.

4.-PROCESO DE EVOLUCIÓN

En algunas de las fuentes literarias de los inicios del último siglo de la República y, sobre todo, en las fuentes jurídicas y literarias del periodo clásico y más tardío, el ilícito de las lesiones personales referido a la fase civilista (anterior a la época de intervención del pretor que comienza con el *edictum de convicio*) es constantemente descrito con los términos *verberare*, *pulsare* y *percutere*. Así puede leerse en:

Gayo 3, 220: *Iniuria autem committitur non solum cum quis pugno puta aut fuste percussus vel etiam verberatus erit, sed etiam si cui convicium factum*

fuerit ... sive quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit sive quis matrem familias aut praetextatum adsectatus fuerit, et denique aliis pluribus modis.

PS. 5, 4, 1: *Iniuriam patimur aut in corpus aut extra corpus: in corpus verberibus et illatione stupri, extra corpus conviciis et famosis libellis, quod ex affectu uniuscuiusque patientis et facientis aestimatur.*

PS. 5, 4, 4: *corpori iniuria infertur, cum quis pulsatur...*

D. 47, 10, 3, 1 (Ulp.l.56 ad ed): *... cum enim iniuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere hos, sive pulset sive convicium dicant, iniuriam fecisse non videri.*

Tales términos son utilizados para la esfera de ataques a la persona física y no simples bofetadas que no causan daño. La diferente gravedad de cada caso no está indicada por las lesiones sino por el modo en el que se cometen éstas, la modalidad con que se *percutere* (*pulsere, verberare*):

D. 47, 7, 1 (Ulp.l. 57 ad ed): *...quid ergo, si quis idcirco velit iniuriarum agere, quod gladio caput eius percussum est?*

(¿luego qué se dirá, si alguno quisiera ejercitar la acción de injurias por esto, porque se le hirió en la cabeza con espada?)

Los términos *pulsare* y *verberare* son utilizados para designar el fenómeno de las acciones violentas, cuya mayor o menor gravedad es expresada por posteriores términos que especifican la modalidad en la que se realiza la acción⁴⁰¹ (Coll. 2, 6, 4). Además en los textos clásicos aparece *pulsare* y *percutere* como sinónimos⁴⁰² mientras que *verberare* parece que implica una acción más grave⁴⁰³.

Este nuevo modo de describir, en la esfera jurídica el ilícito de las lesiones personales está en vigor durante todo el último siglo de la República como es constatado por D. 47, 10, 5, 1 (Paul.l.50.*ad ed*), el objeto de la *lex Cornelia* D. 47, 10, 5 (Ulp.l.56 *ad ed*)⁴⁰⁴ y dos fragmentos de la *Rhetorica ad Herennium* 2, 26, 41 y 4, 25, 35. En estos últimos MANFREDINI pretende ver las primeras tentativas para la interpretación unitaria del delito a través del uso del término *iniuria* en la descripción de los supuestos:

Rhet. Her. 2, 26, 41: *falsae sunt huiusmodi (definitiones), ut si quis dicat iniuriam esse nullam, nisi quae ex pulsatione aut convicio constet.*

(también es defectuoso utilizar definiciones falsas o demasiado genéricas; falsas, por ejemplo, si alguien dijera que la única ofensa/injuria posible es la agresión física o el insulto)

Rhet. Her. 4, 25, 35 :...*Item iniuriae sunt, quae aut pulsatione corpus aut convicio auris aut aliqua turpitudine vitam cuiuspiam violent.*

⁴⁰¹ Coll. 2, 6, 4: *Certum non dicit, qui dicit pulsatum se sive verberatum. Sed et partem corporis demonstrat et quem in modum, pugno puta an fuste an lapide...*

⁴⁰² D. 47, 10, 15, 1 (Ulp. L.77 *ad ed*): *si quis pulsatum quidem nos est, verum manus adversus eum levatae et saepe territus quasi valupaturus, non tamen percussit...*

⁴⁰³ D. 47, 10, 5, 1 (Paul.l.50 *ad ed*): *Inter pulsationem et verberationem hoc interest, ut Ofilius scribit: verberare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore.*

⁴⁰⁴ D. 47, 10, 5 (Ulp.l.56 *ad ed*): *Lex Cornelia de iniuriis competit et, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumve domumve sua, vi introitam esse dicat.*

(por ofensa/injuria se entiende todo lo que haga violencia: golpear a alguien, insultarlo de palabra o manchar su reputación)

Con todos estos textos se documenta que se ha realizado el cambio de la denominación del ilícito de las lesiones personales físicas del *membrum ruptum* al *verberare*, *pulsare*, cambio que muestra también la diferente manera de considerar el ilícito respecto a la antigua reglamentación de las XII Tablas y la ampliación de su esfera. Esto es, de la previsión de las lesiones corporales, se ha pasado a la represión de las acciones idóneas para provocarlas, cambio de un delito que penaba los resultados, los efectos a la represión de las causas, la acción. Un cambio que fue favorecido por factores sociales ya que en el caso de que el ciudadano sufriese la lesión, y puesto que en determinadas ocasiones sería difícil determinar la gravedad de las lesiones con exactitud, es normal que se denunciase simplemente el hecho del que había sido víctima, esto es, la acción de golpear el cuerpo. Tales términos *verberare*, *percutere* y *pulsare* fueron asumiendo un sentido técnico de manera gradual.

Una primera fase se habría producido a finales del siglo IV a.C por medio de la norma que sancionaba con pena de 25 ases los simples golpes de los que no derivaba ninguna lesión corporal, Tabla 8.4. Tal norma plantearía múltiples problemas de responsabilidad, de imputación de la responsabilidad, ya que no era aplicable el criterio de responsabilidad objetiva que se encontraba en vigor para la represión de las lesiones y debían tenerse en cuenta la pluralidad de casos en los que la sociedad consideraba lícitos los golpes y actos similares.

Por ello MANFREDINI advierte que si una hipotética formulación de esta figura de ilícito se hubiese limitado a designar sólo el acto (*si verberavit...viginti quinque poenae sunt*), el juez habría estado vinculado a la verificación del hecho y no habría podido pronunciarse sobre la razón (justicia o justificación). Si en cambio el supuesto abstracto incluía entre sus elementos constitutivos aquél de la *iniuria* entendida, con valor adverbial, como atributo de la acción punible, era técnicamente posible al juez descender sobre el terreno de las razones y del agravio, de la justificación o no del comportamiento. Y más teniendo en cuenta que las causas de justificación, en esa época, no eran conocidas como categorías generales de manera que el juez debía apreciar sólo aquéllas que casuísticamente eran previstas por el derecho⁴⁰⁵, de manera que la libertad de apreciación era dada al juez a través del término *iniuria* cuyo significado vendría referido al de injusticia.

Por último este autor desarrolla la idea de que *iniuria* en la tab. 8, 4 no designase el ilícito *facere iniuriam* sino una cualidad o elemento del supuesto descrito con los términos *verberare*, *pulsare*, *percutere iniuria* teniendo en cuenta los análogos usos que el término *iniuria* había tenido en la *Lex Aquilia*⁴⁰⁶ y en la locución *arbores*

⁴⁰⁵ Así por ejemplo en el derecho de las XII Tablas es justificada la muerte del *fur nocturnus* (tab. 8, 12: *Si nox furtum faxsit, si im occisit, iure caesus esto* (Macr., *Sat.*, 1, 4, 19; Cf. Gell., 8, 1; 20, 1, 7).; la minoría de edad es considerada en el *furtum* (tablas .8, 9: *Frugem – aratro quaesitam noctu pavisae ac secuisse puberi XII tabulis capital erat, suspensumque Cereri necari iubebant, – inpubem praetoris arbitratu verberari noxiamve duplionemve decerni* (Plin., *N.H.*, 18, 3, 12; Cf. Gaius, 4, 75). y 8, 14: *Ex ceteris – manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt (Xviri) ei, cui furtum factum esset –; servos – verberibus affici et e saxo praecipitari; sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque – sarciri* (Gell., 11, 18, 8; Cf. Gaius, 3, 189; Gell., 20, 1, 7).)

⁴⁰⁶ Como es conocido el texto de la *lex Aquilia* que aquí interesa –primer y tercer capítulo– se recoge en D. 9, 2, 2 pr (Gai. 1.7 *ad ed pr*), D.9, 2, 27, 5 (Ulp.1.18 *ad ed*) y Gai. 3, 217. En estos textos aparecen las formulaciones *iniuria occidere, urere frangere rumpere* de las que no se puede dudar de su autenticidad y que en la fase más antigua de la ley calificaban las acciones punibles en relación de causalidad directa con la cosa. Según MANFREDINI, *Iniuria* en la fórmula Aquiliana, comprende un requisito objetivo del supuesto, estableciendo, bajo el perfil de la injusticia, una cualidad propia de la acción que es realizada en concreto y de la que depende la declaración de la condena. No fija un atributo del daño sino una propiedad de la acción. No cualifica genéricamente el hecho bajo el perfil de la ilicitud o antijuridicidad siendo este perfil suficientemente individualizado por el requisito de la ajenidad (el daño se produce en las cosas ajenas). Por esto *iniuria* no ha formalmente fijado un criterio de responsabilidad objetiva (precisamente en virtud del pretendido significado de ilicitud, objetiva no conforme al derecho,

iniuria caesae, así como en un texto de Cicerón⁴⁰⁷ en el que se refiere el uso de *iniuria* en el modo previsto por la *lex Aquilia*, *in aliis causis* además del *damnum iniuria datum*.

De esta última parte en la que desarrolla MANFREDINI el cambio de una noción de *membrum ruptum*, ya interpretada por los pontífices en las dos normas *os fractum* e *iniuria verberare*, a un delito de lesiones tipificado no por el resultado sino por la acción, sólo mencionar que tal vez tal cambio no se haya producido por la interpretación pontifical del siglo IV a.C de la tabla 8. 2 en la redacción de la tabla 8.4, sino por algo más sencillo como la unificación de los que considera la doctrina mayoritaria preceptos decemvirales en torno a una noción de delito personal de *iniuria* en el que evidentemente se recogiesen las acciones de lesiones personales de *verberare*, *pulsare* y *percutere*, quizá el *facere iniuria*.

9.-TESIS DE POLAY

La contribución de POLAY⁴⁰⁸ muestra un tratamiento conservador y respetuoso de la tradición clásica y posterior, por lo que se niega a toda tentativa a aclarar las posibles incongruencias.

En primer lugar su tesis se caracteriza por su propuesta de extensión de la noción técnico-delictual de *iniuria* en las XII Tablas más allá de las mismas indicaciones que provienen de las fuentes, es decir, más allá de las tablas 8. 2, 8. 3 y 8. 4. Una propuesta poco consecuente con la actual tendencia a ir restringiendo tal noción de *iniuria*.

antijuridicidad) al que habría sucedido un criterio subjetivo a partir del momento en el que a *iniuria* fue atribuido el valor de culpa.

⁴⁰⁷ CIC. *Tull*, 11.

⁴⁰⁸ POLAY, *Iniuria Types in Roman Law*, Budapest 1986.

Los tipos de *iniuria* contemplados en las XII Tablas habrían sido:

1. - la *iniuria vindicare*, que antes habría constituido el prototipo predecemviral de la *iniuria*, esto es, el hecho de reivindicar “frivolously” a un padre de familia una persona o cosa objeto de *potestas manus* o *mancipium*.
2. - el *membrum ruptum*, entendiéndose como el hecho de la mutilación o de la invalidación de un órgano, sancionado con la *pars vindicta*.
3. - la *ossis fractio*, fractura de un hueso.
4. - la *iniuria simple*, destinada a absorber todos los ataques corporales no recogidos en los dos precedentes casos.
5. - los *arbores iniuria succisae*, o bien la erradicación de los árboles de mayor valor económico.
6. - el daño provocado al *pecus*.

Esta opinión no sólo no simplifica todos cuantos interrogantes hemos encontrado ya en las fuentes clásicas, sino que complica el problema de la *iniuria* en las XII Tablas. Un triple significado técnico como se viene a proponer: aquél de *iniuria* de la tabla 8.4, que designaría los ataques corporales no lesivos; aquél atestiguado por la tradición clásica de *iniuria* comprensiva del *membrum ruptum* y del *os fractum*; y un tercer significado de *iniuria* que describiría los hechos de quien ejercita una acción de reivindicación a la ligera, de quien erradica las plantas de otro y de quien daña el ganado, no parece que pueda ser apoyado.

A parte de la propuesta de reconstrucción de la tabla 8.5⁴⁰⁹ “*Rupitas si quis alterius pecudi iniuria faxsit, sarcit*” (quien causó daño...resarza) referida al daño al *pecus*, conjetura en sí posible pero

⁴⁰⁹ Un enigmático trozo derivado de la unión entre Fest. 320: *Rupitas (in) XII significat damnum dederit* y Fest. 430: *sarcito in XII Ser. Sulpicius ait significare “damnum solvito, praestato”*.

en la que difícilmente se inserta el término *iniuria*, queda el hecho de que en este caso como en la *iniuria vindicare* (del que falta una expresa atribución a las XII Tablas) y en las *arbores iniuria succisae*, *iniuria* no es el *nomen iuris* de un hecho ilícito sino que expresa la ilicitud de un hecho, su modo de ser, esto es, cuando el hecho de *vindicare* o de cortar los árboles es realizado contrariamente al derecho. No puede entenderse que todo precepto legal en el que apareciese el término *iniuria* debiese ser considerado como un supuesto del delito privado de *iniuria*.

Si acaso, esto debería llevar a subrayar el insistente uso de *iniuria* en estas antiguas conexiones, con valor adverbial y en el genérico significado de “aquello que es hecho *non iure*”, significado y uso adverbial los cuales por su documentación, debería predisponer también a la interpretación de la tabla 8.4.

Si bien no podemos admitir el tercer nivel de *iniuria*, tampoco este autor menciona expresamente la relación que entre el primer y segundo nivel de *iniuria* existiría, es decir, sobre la dificultad de acoger la tradición clásica en su proyección del *membrum ruptum* y *os fractum* como *iniuriae* y al mismo tiempo, en el designar como *iniuria* el hecho de tab. 8,4.

Asimismo, asumiendo la coexistencia de las dos normas, sobre el *membrum ruptum* y *os fractum*, POLAY entiende que debe rescatarse la vieja idea que *membrum rumpere* significa la ablación de un miembro, en contra las más advertidas y textualmente corroboradas opiniones que inducen a explicar el *membrum* en el sentido de “parte del cuerpo” y *rumpere* en el sentido de *corrumpere*⁴¹⁰ o *laedere*⁴¹¹ o en el valor de base de “to break”, “to

⁴¹⁰ APPLETON, *Notre enseignement du droit romain, ses ennemies et ses défauts*, en Mèl. Cornil, I, Gand París 1926 como sabemos es el primero que cuestiona el sentido restringido del verbo *rumpere*. Accede a

burst” y a atribuir a la norma de tab.8,2 una portada general para absorber cualquier lesión corporal.

Presenta pues, una interpretación aparentemente amplia en torno a la noción de *iniuria* que no puede sostenerse, ya que no se puede comprender en la noción de *iniuria* como delito en las XII Tablas toda norma decemviral donde se recoja el término *iniuria* aún en una forma adverbial como atributo de la acción punible (*iniuria vindicare, arbores iniuria succisae...*). Y a su vez esa noción, aparentemente amplia, en el caso de las lesiones personales tab.8, 2 es reducida por el sentido restringido ya superado del *membrum ruptum*.

De igual modo, no establece un argumento donde se declare la relación entre *membrum ruptum* y *os fractum* que trazan las características de un nivel de la *iniuria*. Si se considera el *membrum ruptum* como mutilación o ablación, entre la mutilación y la fractura de hueso existen puntos de contacto ya que muchas mutilaciones consisten en la fractura de un hueso, en el fondo sólo la extracción de un ojo, de una oreja, de una parte de la nariz o de los genitales se realiza sin romper ningún hueso, lo cual nos llevaría a que cualquier cosa que se identifique con el *membrum ruptum* en una mutilación, la mayor parte de los casos de *membri ruptio* aparecerían ya penados bajo el perfil del *ossis fractio*.

Asimismo, la ausencia de argumentos que justifiquen la relación entre este nivel de la *iniuria* (*membrum ruptum* y *os fractum*) y la *iniuria* considerada simple que recogería los ataques corporales que el otro nivel no recogiese, llevaría a incluir las heridas dentro de la *iniuria* y a que se diferenciase minuciosamente entre la fractura de

esta interpretación como hemos visto PUGLIESE *Studi sull'iniuria*.

⁴¹¹ MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria*, cit.p.55 ss.

un hueso y la ablación de un miembro y, sin embargo, se incluyese en una sola categoría la bofetada y la herida por espada o asta, el golpe, que o lesiona mínimamente el tejido y la *verberatio* que cubre el cuerpo de la víctima de sanguinosas laceraciones y contusiones todo bajo una pena de 25 ases.

10.-TESIS DE VÖLKL

Este autor⁴¹² ha relanzado últimamente la interpretación extensiva del *membrum ruptum*. La disposición de la tabla 8.2 es considerada apta para comprender todas las lesiones físicas salvo aquéllas de leve entidad que no determinan un daño visible, disposición que sería preexistente a las XII Tablas y que en época predecemviral se habría diferenciado de aquélla del homicidio y con la que habría participado a la distinción, al menos en las XII Tablas, entre lesiones voluntarias e involuntarias; en otros términos también al *membrum ruptum* se habría aplicado la norma *si telum*⁴¹³ y sólo las lesiones voluntarias habrían sido castigadas.

A esta afirmación hay que oponer el conocido fragmento de Gelio⁴¹⁴ mencionado en páginas anteriores, relativo a la disputa entre el filósofo Favorino y Africano, donde Favorino pone el acento sobre la imposibilidad del *aequilibrium* en la pena del talión porque la *pars vindicta* respecto a una lesión involuntaria es siempre voluntaria, dejando claramente a entender que la lesión provocada por *iustus fortuitus* o por *inprudencia* era sancionada. En la respuesta de Cecilio Africano está la palabra *prudens inpudensne rumpere*⁴¹⁵. No puede uno desligarse del testimonio más fiable en torno al más antiguo

⁴¹² VÖLKL, *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht*, Wien, Köln 1984.

⁴¹³ Tab.8, 24 a. *SI TELUM MANU FUGIT MAGIS QUAM IECIT, aries subicitur* (Cic., *p. Tull.*, 22, 51 ; Cic., *top.*, 17, 64 ; Cf. Cic., *de or.*, 3, 39, 158 ; Aug., *de lib. arb.*, 1, 4 ; Fest., F. 347, 351 ; *Leg. Numae*, n. 13).

⁴¹⁴ GELL. 20, 1

⁴¹⁵ GELL.20, 1, 15-17; 33-34.

régimen de las lesiones personales que conocemos, afirmando que sobre el punto éste expresaría valoraciones actualizadas. El régimen de la *pactio* transactiva proyectado en el texto de Gelio y la misma formulación de la norma *...ni cum eo pacit...* (que atribuye en definitiva al ofensor la posibilidad de elegir entre el talión o pagar el resarcimiento), llevan a apoyar la idea que el interés principal de la víctima, a cuya protección se dirigía la norma, no era ejercitar la venganza (en este caso habría sido dejada la posibilidad de elección a él) sino obtener un resarcimiento que compensase el impedimento para trabajar y para combatir causado por la lesión. Y si éste era el interés proyectado por la norma, no parece razonable que fuesen reprimidas sólo las lesiones provocadas voluntariamente. Además se ha de recordar que el delito de lesiones que es recogido en la tabla 8.2 es un delito de resultado donde acreditada la lesión rige el principio de responsabilidad casi objetiva y es penado el ofensor.

Reconocida por VÖLKELE la amplitud general de la norma *membrum ruptum* como idónea para sancionar cualquier lesión corporal a través de la *par vindicta* o la *pactio*, inevitablemente viene a enfrentarse con la norma relativa al *os fractum*. La *ossis fractio* es conceptualmente un caso de *m. ruptio*, y para entender su autonomía responde, que la sanción de 300/150 ases sería menos severa de aquélla prevista para la *membrum ruptum*. Sanción menos severa porque el hecho es menos reprochable. Ya hemos mencionado al exponer la tesis de PUGLIESE que no tiene razón de ser esta consideración dado que no existe entre ambas figuras una relación de gradación en la gravedad ni de los actos ilícitos que reprimen, ni de las penas que son impuestas.

Según VÖLKELE la norma que debe acogerse es la palingenesia propuesta por LACHMAN y acogida por BRUNS quienes modifican *manifesto(us)*, de los manuscritos de Vercelli y de Viena de la

Collatio, en *manu fusti(ve)os*, y de este modo, contemplaría -en efecto- los ataques agresivos espontáneos, no fríamente premeditados, y usuales en una sociedad campesina que recurriría fácilmente a las manos y al bastón. Los decemvros se habrían preocupado de sancionar más suavemente la fractura de un hueso que fuese derivada, sin voluntad de realizarla, por estas formas de agresividad campesina, a través de las cuales los ofensores querían sólo ultrajar o causar dolor a la víctima, no romperle los huesos. Esta idea no explica la enigmática relación en la que se ponen la tabla 8. 2 (si se le considera comprensiva de todas las lesiones del cuerpo) y la tabla 8.3. ¿Por qué entonces entre las consecuencias lesivas involuntarias derivadas de la exuberancia campesina, limitar la sanción sólo a la fractura de hueso y no considerar por ejemplo el golpe de bastón que producía la pérdida de un ojo?

Por último la explicación que VÖLKL ofrece de la tabla 8. 4 mantiene la dirección hoy predominante sobre el modo de entender el texto de la norma y el significado de *iniuria* allí comprendido. El tenor original habría sido aquél que se recaba de los manuscritos de Gell. 20, 1, 12: *si iniuria alteri faxsit, viginti quinque poenae sunt. Iniuria* por lo tanto con el significado adverbial⁴¹⁶, como aparece en el código de Vercelli de Coll. 2, 5, 4 y documentado, además en la *lex Aquilia*, en el formulario de la *rei vindictio*⁴¹⁷ y para los *arbores iniuria caesae*⁴¹⁸. No se habla de ningún significado concreto de *iniuria* distinto o más circunscrito que aquél de ilicitud, tuerto. La norma donde el verbo *facere* figuraba en forma intransitiva era dirigida a sancionar con 25 ases aquellos comportamientos contra la persona como tal (*alteri*) que no comportaban consecuencias perceptibles sobre la persona misma; en otros términos, los ataques corporales

⁴¹⁶ Tesis ya mostrada por HUVELIN retomada por GIRARD, SENN *Les lois des romains (Textes de droit romain)*, II, Napoli 1977. BIRKS *The early history...* HALPIN *The usage of Iniuria...* MANFREDINI *Contributi allo studio dell'iniuria...* ALBANESE *Una congettura...*

⁴¹⁷ Gai.4, 16.

⁴¹⁸ PLINIO, *Nat.hist* 17,1,7 del que tab.8,11.

realizados con la intención de ofender el cuerpo o provocar dolor que por el hecho de no tener consecuencias lesivas no recaían ni bajo la tabla 8.2, ni bajo la tabla 8.3.

11.-TESIS DE ALBANESE

Uno de los últimos trabajos que la doctrina romanista a dedicado al tema de la *iniuria* en la época de las XII Tablas ha sido el artículo de ALBANESE⁴¹⁹ criticado por el que quizá es el último trabajo concreto y específico sobre esta materia, la revisión de la *iniuria* de MANFREDINI⁴²⁰.

La opinión de ALBANESE de quien se puede ver una anticipación en una no concluyentemente motivada propuesta de VON LÜBTOW⁴²¹ se fundamenta en una conjetura que reconstruye el precepto decemviral de la tabla 8.4.

Parte este autor por la crítica de las ediciones actuales en las que se recoge un precepto decemviral que no es el que en realidad se encuentra en los códigos, una redacción que se ha dado a la tabla 8.

⁴¹⁹ ALBANESE, *Una congettura sul significato di iniuria in XII tab,8,4*, en IURA 31 (1980)

⁴²⁰ MANFREDINI, *L'iniuria nelle XII tavole. Instabilis ex lege (Cornelia de iniuriis)*. Derecho romano de Obligaciones. Homenaje al Profesor José Luís Gener. Madrid 1994, pp. 799-809 donde sigue manteniendo su interpretación antes expresada, creyendo que antes de la llegada de la *a. iniuriarum aestimatoria*, antes de las reflexiones teóricas que se venían realizando en el ambiente retórico, sobre la materia de las lesiones personales, de las cuales hay huella en las *definitiones* de la Rhetorica ad Herennium; antes de la definitiva reflexión de los juristas, sobre todo de Labeón, sobre la *infamia-contumelia-iniuria*, no existe un delito que tenga como *nomen iuris* aquel de *iniuria facere*. Formación progresiva de una denominación técnica, como en progreso se forma su contenido. En precedencia *iniuria* era usada en el lenguaje jurídico como aquel común, en el significado de tuerto, de acto contra el derecho, acto injusto, acto injustificado. La disciplina de las lesiones personales nace (en las XII Tablas: *membrum ruptum*) y se desarrolla (*pulsare, verberare percutere iniuria*) fuera de un valor técnico de *iniuria*. La misma *actio iniuriarum* en su aparición y durante largo tiempo no fue la acción del delito de *iniuria*, sino la acción de tuertos, inicialmente aplicada a *pulsare, verberare, percutere iniuria* y sucesivamente extendida, gracias a la amplitud de su denominación al *convicium*, a la *adtemptata pudicitia* y a la *infamatio*. Finalmente utilizada para describir el *agere ex lege Cornelia de iniuriis* donde los delitos eran el *pulsare, verberare* y *domum vi introire*. Primero existió la *a. iniuriarum* el gran contenedor cuyo denominador quien sabe de dónde viene después el *facere iniuriam*.

⁴²¹ VON LÜBTOW, *Zum römischem Injurienrecht*, cit.p.134. Este autor realiza la reconstrucción de la tab,8,4 en los siguientes términos: *si alio modo iniuram faxsit corpori alterius, XXV poenae sunt*.

4 de modo convencional por los autores que han compilado las fuentes y que ya va siendo criticada por parte de la doctrina⁴²².

El texto de la norma que es referido por los modernos editores de las antiguas XII Tablas propone esta lectura:

XII tab.8.4: *Si iniuriam faxsit, viginti quinque poena sunt.*

Sin embargo el texto original de la tabla 8.4 recoge una redacción más amplia donde conforme al texto de Gelio se lee: *Si iniuria alteri faxsit, viginti quinque aeris poenae sunt.*

El supuesto de esta norma, expresado con *iniuriam* o con *iniuria faxsit* y para la cual era prevista por los decemvros una pena pecuniaria de 25 ases, según aquello que se conoce con certeza de los testimonios que nos quedan al respecto ya citados anteriormente⁴²³, consistía sólo en la ofensa física que no se concretaba en un *membrum ruptum* o en un *os fractum*. Por lo tanto, parece cierto que aquéllas que fueron después llamadas *iniuriae non in corpus* no estaban previstas por las XII Tablas⁴²⁴, bajo el perfil explícito del término *iniuria*.

La circunstancia más singular que se desprende de esa norma, según este autor, está representada por la necesidad en la que se encuentra –si se acoge la lección comúnmente aceptada de XII tab.8.4– de afirmar que *iniuria*, ya en el lenguaje decemviral, tenía (o

⁴²² Por ejemplo FRAENKEL, *Rec.a Beckmann, Zauberei und Recht in Roms Frühzeit*, en *Gnomon* 1 (1925)

⁴²³ Cfr. Por ejemplo Gell. 20,1,13 donde es citado Labeón con la famosa anécdota de las bofetadas de L.Veracio; Gai. 3,220 con la significativa construcción: *Iniuriam autem committitur non solum cum quis... percussus vel etiam verberatus erit, sed etiam si cui convicium factum fuerit*; D. 47,10,11 pr (Ulp. 57 ad ed) : *Non solum is iniuriarum tenetur, qui fecit iniuriam, hoc est qui percussit...* Naturalmente, los textos en los que *iniuria* se refiere ciertamente sólo a golpes son numerosos.

⁴²⁴ Caso del *carmen famosum*.

tenía también) el significado específico de delito realizado con violencia física con daño a una persona.

Evidentemente la singularidad consiste en el hecho de que el término *iniuria* obviamente derivado del *ius*, no tiene ciertamente en origen un valor así material y restringido, sino que fue usado genéricamente para cualificar las acciones de varios tipos, caracterizadas específicamente sólo por su no conformidad al *ius*.

Este antiguo significado más amplio y no material de *iniuria* lo encuentra ALBANESE reflejado en el formulario de la *legis actio sacramento*, en el diálogo de la cual se habla de *iniuria vindicare*, sustancialmente para indicar la no conformidad al *ius*⁴²⁵. Además existe un indicio que hace considerar probable que las mismas XII Tablas contuviesen al menos un precepto en el que el término *iniuria* tenía el valor general y no material: la tab.8, 11 a la que Plinio⁴²⁶ se refiere precisando que *cautum est XII tabulis, ut qui iniuria cecidisset alienas (scil.arbores), lueret in singulas aeris XXV*; es extremadamente probable que el precepto recordado por Plinio contuviese, y con valor sustancialmente idéntico a aquél que se acoge en el citado texto del formulario de la *l.a.sacramento*, la locución *iniuria caedere* (o más probablemente *succidere*: Gayo 4, 11; D.12, 2, 28, 6; D.47,7,5 pr.). De igual modo, en la *lex Aquilia* (siglo III? a. C.), si bien han sido propuestas otras interpretaciones, se refería a *iniuria* con idéntico valor⁴²⁷.

Por ello, ALBANESE piensa que la atribución al término *iniuria* del valor restringido y concreto de “violencia física” (y más tarde de *contumelia*) no pudo haber sido sino el resultado de un proceso

⁴²⁵ Gayo .4, 16: *Quanto tu iniuria vindicavisti...* en directa contestación de la precedente afirmación del adversario: *Ius feci...*

⁴²⁶ PLIN. *Nat.hist* 17,1,7.

⁴²⁷ D. 9, 2, 2; 27, 7. Por una interpretación contraria DELZ, en *Thes.l.lat* s.v *iniuria*, VII 1c.1671, lin 32 ss.

histórico, ciertamente no breve, de especialización del originario significado distinto, más amplio. Argumenta el hecho de que los más antiguos probables (no seguros) testimonios de *iniuria* en el sentido de acto de violencia, donde se prescinde de los textos jurídicos ya citados (o por otros textos jurídicos más tardíos) no se encuentran, como algún autor⁴²⁸ entiende, en Plauto y Terencio, sino sólo en escritores de la época del Principado⁴²⁹. En cambio, en las fuentes recogidas, a pesar del contrario convencimiento de muchos, el término *iniuria* parece ciertamente usado siempre con el genérico valor de acto *non iure*. Si esto es así, este autor entiende que la redacción de la tabla 8. 4 tal y como se nos ha presentado con el término genérico de *iniuria* no se podría referir, como quiere casi concordemente la doctrina (y como querían los juristas clásicos), al acto ilícito de violencia física con daños a una persona⁴³⁰.

En el precepto devemviral de la tabla 8. 4, el término *iniuria* no podía asumir el significado material y restringido de “golpe”, si bien debe comprender el significado genérico antiguo de “acto contra *ius*” conforme extrae del análisis de los testimonios que HUVELIN consideró para mostrar el específico sentido de *iniuria* como acto de violencia⁴³¹.

Advierte ALBANESE que si se interpreta en la tab.8,4 la acepción de *iniuria* en el sentido de acto *contra ius*, no es admisible mantener el tenor textual comúnmente aceptado, como precepto que

⁴²⁸ HUVELIN, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain* en Mel, Appleton, Lyon-Paris 1903.

⁴²⁹ HOR, *Serm.* 2, 6, 28; LIV. 2, 29, 4; 38, 24, 10; PETR. 96, 4; 108, 5; 132, 3; Sen, *Contr.* 7, 6, 13; QUINT, *Decl.* 298. Pero en ninguno de estos fragmentos es consignado a modo de equivalencia el uso *iniuria* a “golpes” (o violencia carnal) se pueda considerar una noción específica, y así excluir el valor más genérico de “agresión”.

⁴³⁰ ALBANESE, *Una congettura sul significato di iniuria in XII tab,8,4* p. 25 ss.

⁴³¹ Es conocido que ya HUVELIN consideró como testimonios seguros de *iniuria* en el sentido específico de acto de violencia los siguientes textos de Plauto: *Bacch.* 59; 443; *Cist.* 180-181; *Epid.* 715; *Men.* 471; 9 *Merc.* 979; 991; *Most.* 899; *Rud.* 414; 626; 643; 669; 1050; *Stich* 16; *Truc.* 168; y los siguientes textos de Terencio: *Adelph.* 162; 166; *Eun.* 762; *Phorm.* 329; 983-984. En la doctrina, algunos de estos textos han sido muchas veces contestada la valoración de Huvelin.

tiene sentido *per se*, independientemente de un contexto más amplio en el que hubiese estado, eventualmente, insertado. Si se traduce XII tab.8, 4 –en el tenor: *Si iniuriam faxsit, viginti quinque poenae sunt*– con la frase “si alguno hubo cometido un acto jurídicamente ilícito, la pena será de 25”, se tendría el absurdo de un precepto generalísimo, represivo de todo ilícito jurídico a través de la indiferenciada sanción de una pena pecuniaria (además de no particularmente pesada).

Para salir de lo que ALBANESE considera “absurdo precepto generalísimo” revisa con exactitud los datos del texto decemviral tab.8, 4 que las fuentes aportan volviendo a rescatar esta redacción: *Si iniuria alteri faxsit, viginti quinque aeris poenae sunt*. Sin embargo, vuelve a surgir el problema: Si se da a la locución *iniuria facere* su más probable sentido, el precepto resulta incomprensible, igual que sucede con la lectura tradicional de *si iniuriam faxsit*. Ambas mostrarían una previsión normativa absolutamente indeterminada, con referencia a un vago hacer a otro *contra ius*.

Para dar sentido a esta norma en su sentido más probable, ALBANESE no encuentra otra forma que la de la conjetura, de una alteración en la redacción referida por Gelio y, sustancialmente, confirmada por Coll. 2, 5, 5.

Sobre el planteamiento de la hipótesis son varios los caminos que este autor plantea:

1. - Se podría suponer en primer lugar la caída de un sustantivo que habría sido objeto del *faxsit*. Parece ésta una hipótesis no fácil de sostener puesto que no es fácil suponer qué sustantivo expresase concretamente el concepto de “golpe” (o similar) y que se prestase a constituir objeto de *facere*; ALBANESE no se considera capaz de

aventurar con veracidad y referencia a las fuentes un término de este género. Por otro lado parece que es muy poco verosímil que un sustantivo como aquél del que se habla, si nunca ha aparecido en la norma decemviral, haya podido desaparecer sin dejar una huella en la tradición: aquél sustantivo habría sido, en la realidad y a diferencia de *iniuria*, un preciso término técnico para indicar una ofensa material, corporal y, por lo tanto, la tradición lo habría, sin duda, conservado con cuidado.

2. - Podría suponerse en cambio que en vez del verbo *facere* en su forma *faxsit* como es contenido en el texto de Gelio fuese un verbo con un sentido menos genérico en el que concretamente se refiriese al golpear físicamente. También parece ardua la tarea de suponer un verbo susceptible de indicar una lesión material al igual que parece casi imposible pensar en la pérdida de un hipotético verbo que habría sido técnico para designar un preciso y circunscrito ilícito de derecho penal privado romano.

Ambas hipótesis no parecen satisfactorias a los ojos de ALBANESE quien propone que el texto originario de XII tab.8, 4 de Gelio debe contener muy probablemente en lugar del actual *alteri*⁴³² (cuya presencia no elimina la insignificación del precepto genérico donde *iniuria* posee un valor de acto *contra ius*) una palabra

⁴³² Este autor subraya que al igual que sucede en el precepto de la tab.8,4, la palabra *alteri* no da tampoco un sentido satisfactorio en el contexto del precepto aquiliano referido por Ulpiano *Ceterarum rerum praeter hominem et pecudes occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto*. En realidad, una referencia a “otro” parece cuanto menos superflua, sino añadidura despistada. En tal caso se habla de *damnum facere* y después se especifica la modalidad del *urere, frangere, rumpere*, tales acciones dañosas no se pueden referir a *alter*, si bien se refieren a cosas de *alter*. Además, la referencia a *alter* como destinatario del *damnum* parece “añadidura descarrilada”, si se refiere al hecho que el precepto mismo precisa sucesivamente que la *poena* va como ventaja del *dominus* (*erus*, como se ve en el texto originario). Estas incongruencias desaparecen si se admite la conjetura de un originario “*si aliter (o alteras) damnum faxsit, quod usserit fregerit ruperit*”. Según tal hipótesis, el tercer capítulo de la *Lex Aquilia* habría específicamente contrapuesto al *occidere* de otro *servum servamque quadrupedemve pecudem*⁴³² del primer capítulo, todo *damnum factum* “de otro modo”, y esto es consistente en el *urere, frangere, rumpere iniuria* alguno. Destaca así este autor que la hipotética modificación del originario adverbio (*aliter* o *alteras*?) en el dativo *alteri* bien se encuadra en el proceso complejo de relación entre varios preceptos atribuidos a la *lex Aquilia* que fue operado por la jurisprudencia republicana.

semejante después deformada por los intérpretes y que atribuyese a la norma un sentido satisfactorio. En esta hipótesis este autor considera que en lugar de *alteri* el precepto decemviral contenía el adverbio *aliter*.

Por tanto la redacción de la norma admitiendo tal hipótesis sería la siguiente:

Tab. 8,4: *Si iniuria aliter faxsit, viginti quinque aeris poenae sunt*. Unido como es a los otros preceptos⁴³³: *si membrum ruptum, ni cum eo pacit, talio esto* (8,2), *Manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito* (8,3), nuestro precepto, en la hipótesis redactada con *aliter*, entiende ALBANESE que expresaría una norma suficientemente clara y precisa: “si alguno ha actuado en un modo distinto *contra ius* [naturalmente en el mismo ámbito de violencia física previsto por los dos preceptos precedentes], tendrá una pena de 25 [ases] de bronce”. A esto se añadiría que el verbo *facere* usado en un sentido absoluto y acompañado por un adverbio equivalente a

⁴³³ Un cuestión preliminar para ALBANESE para dar sentido a su “conjetura” es la segura pertenencia de las normas que los editores modernos colocan en XII tab.8, 2 (norma relativa al *membrum ruptum*, con la pena *talio* a menos que *pacisci* entre los interesados), en XII tab.8, 3 (norma relativa al *os fractum* con diferenciadas penas pecuniarias) y en XII tab.8, 4 (la norma que aquí específicamente interesa) y un único contexto normativo. Esto resulta por evidentes razones de afinidad de contenido. Y del resto, la común pertenencia de los tres preceptos a la misma trama legislativa es probada –en los límites en los que se puede hablar de prueba– en orden a problemas así de lejanos en el tiempo- sea por la exposición de Gayo. 3, 223, sea por la exposición atribuida a Paulo en Coll.2.5.5. Estos dos textos, en efecto, unen los tres preceptos y hacen aparecer la norma relativa al supuesto de quien *iniuria faxsit* como una prescripción conexas (en cuanto relativa a *ceterae iniuriae*, según Gayo; y en cuanto constituye una *lex generalis* según la *Collatio*) a las otras dos. Además, debe mencionarse que una conexión entre XII tab. 8,2 y 8,4 es postulada por el modo de expresarse de Gelio 16,10,8 donde se afirma entre otras cosas el hecho de que *viginti quinque asses* (referencia a tab.8,4) *et taliones* (referencia a tab.8,2) *...evanuerint*; y aquel que más cuenta, que una conexión entre XII tab.8,2, tab.8,3 y tab.8,4 es postulada con evidencia también por el modo de expresarse de Gelio 20.1,31-32 donde se habla junto de *iniuriae* (y 25 ases), de *os fractum* y de *iniuriae* susceptibles de *talio* (por lo tanto, de *membrum ruptum*)⁴³³.

Estando así las cosas, surge el problema del orden más verosímil que los tres preceptos debían seguir en el texto originario de la legislación decemviral. Todos los estudiosos siguen el orden de decreciente gravedad: primero, el caso del *membrum ruptum* (tab.8, 2), después el del *os fractum* (tab.8,3), por último el caso de que *iniuria faxsit* (tab.8, 4). Como regla general, en efecto, tal orden parece coherente con una genérica lógica normativa, que consigue coordinar armónicamente datos conexos pero distintos y la coordinación se realiza procediendo de la norma más grave a la menos grave. Ciertamente podría ser realizada de igual modo pero a la inversa, pero la elección acorde de los estudiosos encuentra además un apoyo en la exposición de Gayo 3, 223 que habla primero de *membrum ruptum*, después de *os fractum* y por último el caso sancionado con la pena de 25 ases. Según Albanese es extremadamente probable que el orden decemviral correspondiese efectivamente a aquel acogido por los modernos editores de las XII Tablas. Vid. ALBANESE, *Una congettura sul significato di iniuria in XII tab,8,4*, cit. p.30.

aliter aparece ya en un remoto precepto atribuido a Numa Pompilio y referido por Fest. Paul s.v *Aliuta*: *si quisquam aliuta faxsit, ipsos Jovi sacer esto*. El mismo texto explica el valor de *aliuta*: *aliuta antiqui dicebant pro aliter*. Se ignora en qué consiste el hacer de otro modo al que la presunta norma regia conectaba la pena capital de la *sacratio* a Júpiter, pero lo que muestra esta norma es la posible analogía formal entre *aliuta facere* del precepto atribuido a Numa y la *iniuria aliter facere* del XII tab.8,4.

Sin embargo, a pesar de plantear esta hipótesis ALBANESE se decanta más a proponer una variante más probable, esto es, suponer en el texto originario de XII tabla.8, 4: *si iniuria alteras faxsit, viginti quinque aeris poenae sunt*.

De FEST.Paul s.v *alteras* (*alteras ponebant pro eo, quod est adverbium alias*) y PLAUT. *Most* 270 (*Nam videor vidisse lenam callidiorem ullam alteras*) y por un oscuro fragmento de un incierto escrito de Catón referido en Char.,II,215 (ed. KEIL: *In his duobus bellis alteras stipendio agrique parte multati, alteras oppidum vi captum, alteras primo pedatu et secundo*), sabemos que el latín antiguo tenía un adverbio *alteras* con el valor correspondiente al de ***alias***. Es verdad que los dos ejemplos de uso de tal adverbio que se han conservado –el fragmento de Plauto y de Catón– llevan a un significado temporal de *alteras* (en otro tiempo, otra vez) que es también el significado de *alias* atestiguado en los más antiguos textos que se conservan; pero también es verdad que el significado modal de *alteras* (de otro modo) no atestiguado, fue con toda probabilidad el sentido originario del antiguo adverbio, así como de *alias*⁴³⁴.

⁴³⁴ Por “*alias*” HEY, en Thes.l.lat, I c.1546 lin,33 ss afirma: *usus vetus est de tempore, inde vocula transfertur ad locum, recentissima, licet primigenia ut videtur, est vis modalis*.

Aunque se quiera elegir entre *aliter* o *alteras* se exige que se proyecte, también en vía de hipótesis, cómo del supuesto texto originario de XII tab.8, 4 se ha llegado a conservar el texto que es referido por Gelio (y sustancialmente en Coll. 2, 5, 5). Obviamente no se puede simplemente pensar en el error de un antiguo amanuense que hubiera escrito *alteri* en lugar de *aliter* o *alteras*, aunque el error hubiera sido fácil: el cuidado de un texto fundamental como aquél de las leyes decemvirales no permite fáciles soluciones de este tipo.

Es más probable pensar que cuando en época tardía (quizá primera época del Principado) se afirmó el significado concreto de *iniuria* en el sentido de acto de injusticia violenta física y moral, el texto decemviral que se conjetura originario pudo ser, con una mínima variación gráfica, conscientemente modificado, para hacer más ágil la comprensión, supuesto que en caso de ser considerado posible sería también aislado.

En la conjetura esbozada mantiene la tradición manuscrita la forma de *iniuria* (y no *iniuriam*). Entiende que esa hipótesis es idónea para crear una satisfactoria valoración del término *iniuria* en aquel texto, eliminando el evidente absurdo de la atribución al término mismo un significado concreto y restringido (injusta violencia física) que sólo un desarrollo histórico no breve habría podido hacer emerger. Así la tabla 8. 4 se debe presentar estrechamente conexas a los dos preceptos que la precedían, y aquél que predica un uso más homogéneo a los otros testimonios antiguos del uso del término *iniuria* en el lenguaje técnico-jurídico (*legis actio sacramento in rem*; tercer capítulo de la *lex Aquilia*; con mucha probabilidad también XII tab.8.11)

ALBANESE aceptando la idea de que en las XII Tablas *iniuria* no significase otra cosa que acto *contra ius* y reconociendo que este

término, por su indeterminación, no podía ser objeto de *facere* en tab.8,4 postula que la norma contemplase *iniuria* en la forma adverbial y que *facere* tuviese un sentido completo. Advertido que de todos modos incluso así la norma sería absolutamente indeterminada, el autor con agudas argumentaciones filológicas y amplios soportes textuales, conjetura que la lectura originaria de *alteri* fuese el adverbio *aliter* o *alteras*. La norma habría sido: *si iniuria aliter(alteras) faxsit...* "si alguno ha actuado de otro modo *contra ius*⁴³⁵" naturalmente en el mismo ámbito de violencia física prevista por los dos preceptos anteriores, tendrá una pena de veinticinco ases de bronce.

Aun admitiendo que las tablas 8. 2, 8. 3 y 8. 4 constituyesen un único contexto normativo (y esto era sin duda el convencimiento de los clásicos cuando hablan de *ceterae iniuriae* y de *lex generalis* con respecto a tab.8,4) el reenvío realizado por tab.8,4 en la hipotética formulación "si alguno ha actuado en otro modo *contra ius*" no habría podido ser más que al *membrum ruptum* o al *os fractum*, los únicos términos que expresarían la acción delictuosa. Nos parece improbable, por exigencias de claridad y exactitud expresiva a las que debían obedecer las normas de las XII Tablas, un reenvío a una noción latente, no expresa, que podía ser aquélla de actos violentos contra la persona. Queremos decir que de todos modos para especificar tab.8,4 debería integrarse al menos a una de las otras dos normas. Pero de este modo se le niega totalidad y autonomía, expresiva y normativa. Coherentemente se debería aceptar también propuestas como la de BIRKS⁴³⁶ anteriormente expuesta, que

⁴³⁵ No obstante, en contra de esta interpretación se ha de manifestar que la etimología de *iniuria* no queda traducida como acto *contra ius* sino con *quod non iure fit*, acto no conforme a derecho.

⁴³⁶ Según este autor -como ya hemos mencionado- puesto que antes de las XII tablas la fractura de un hueso era absorbida por la *membrum ruptum* y por lo tanto penada con el talión, cuando después de las XII tablas, que imponían la pena de 300 ases, el *fractus* rechazaba la suma y exigía ejercitar la venganza como el *mos* le permitía, se convertía el *fractor-ruptor* y a su vez pasible del talión; pero, puesto que había pretendido ejercitar una facultad acordada por la costumbre, se podía liberar pagando 25 ases. Las XII tablas que tendía a contener el talión, habrían concebido una norma así: *si os fregit libero, CCC, si*

entiende tab.8,4 con *iniuria* en forma adverbial, formando cuerpo con tab.8,3.

Finalmente de este autor quizá se deba destacar la utilización en la definición del contenido de la tab.8,4 de "ofensa física" que no se concreta en un *membrum ruptum* ni en un *os fractum*, puesto que el uso del término "ofensa" denota una calificación moral que la simple lesión no manifiesta, y es esa connotación la que creemos que dé sentido a la *iniuria* decemviral frente a las tablas 8.2 y 8.3 consideradas como lesiones personales.

12.-VARIAS TEORIAS.-

Muchas ideas viejas y algunos apuntes originales anotan el resto de autores que han trabajado sobre la noción de *iniuria* en las XII Tablas analizándolas en comparación con las fuentes clásicas y sin plantearse el problema relativo a la relación entre el significado técnico y significado común del término y aquél relativo a los ligamentos de tablas 8.2 y 8.3 con la *iniuria* tabla 8.4.

VON LÜBTOW⁴³⁷ en su investigación vuelve a proponer la opinión ya avanzada por MOMMSEN, según la cual *iniuria*, en las XII Tablas, habría designado tanto los ilícitos previstos por la Tab.8,2 y 8,3 como aquél contenido en tab.8,4; éste habría comprendido tanto los ataques graves a la persona cuanto los ligeros. También la noción de *m. ruptio* es entendida en modo tradicional, esto es, en sentido restrictivo de avulsión de un miembro articulado.

servo CL poenae sunt; sin iure alteri faxsit XXV poenae sunt. En origen *iure* en lugar de *iniuria* porque la ley no podía cualificar *iniuria* un comportamiento considerado lícito por *mos-ius*. Solucionado con el tiempo el conflicto entre *mos-ius* y *lex*, *iure* se habría convertido en *iniuria*.

⁴³⁷ VON LUBTOW, *Zum romischen Injurienrecht* en Labeo 15, 1969 p.162 ss.

WITTMANN⁴³⁸ sostiene la independencia de los tres preceptos de una común noción de *iniuria*, pero asigna a la *m.ruptio* sólo el ámbito de las lesiones de la que descienda una invalidez permanente, y a la tabla 8.4 de las restantes lesiones con exclusión de la fractura de un hueso, expresamente regulada. Sin profundizar en el problema el autor admite en las XII Tablas la presencia de dos significados de *iniuria*: uno genérico de *non iure* y otro específico presente en la Tab.8, 4.

SCHIPANI⁴³⁹ tiene a precisar el significado de *iniuria* en tab.8, 4 –al que reconoce la formulación: *si iniuria alteri faxsit...*– avanzando la hipótesis de que los golpes y los actos similares fuesen designados con el término *iniuria* en atención al hecho de ser, en antiguo, considerados lícitos: sucesivamente fue dispuesta su represión sólo sobre el presupuesto que fuesen justificados, esto es realizados *iniuria* (*iniuria* como injustificación). Los golpes y actos semejantes fueron designados con el término *iniuria*, precisamente porque con anterioridad eran considerados lícitos y sucesivamente fue dispuesta su represión sólo en el caso que fuesen injustificados.

Cabe reseñar la interpretación de KASER⁴⁴⁰ para quien la denominación de los delitos –señaladamente *furtum e iniuria*– tiene ciertamente carácter técnico y en ésta se expresa abstractamente el supuesto típico y no la concreta perpetuación, podría ser derivada del uso de calificar a los culpables con los términos *fur* e *iniurius*.

GIOFFREDI⁴⁴¹, plantea el problema en estos términos: “hay que preguntarse cómo un legislador antiguo, cuya característica bien conocida es aquélla de expresarse de manera precisa, exhaustiva y

⁴³⁸ WITTMANN, *Die Körperverletzung an freien im klassischen römischen Recht*, München 1972.

⁴³⁹ SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino 1969.

⁴⁴⁰ KASER, *Zum juristischen Terminologie der Römer* en Studi Biondi I, Milano 1965 p.97ss.

⁴⁴¹ GIOFFREDI, *In tema de iniuria* en Nuovi studi di diritto greco e romano, Roma 1980.p.145 ss.

muy exageradamente casuística, haya preferido una expresión general y abstracta como *iniuria* y no otras concretas y materiales, como *pulsare, percutere, verberare*... Si por lo tanto para indicar los golpes no han sido usados estos términos sino que se ha hecho recurso a una expresión de tenor completamente distinto, como *iniuria* que indica injusticia, tuerto y el acto injusto, de esto debe ser dada una explicación” y busca la explicación en los influjos ejercitados por el mundo griego⁴⁴².

Ya en la época de las XII Tablas, *iniuria*, además del significado abstracto, habría sido asumida para indicar un hecho ilícito concreto por influencia ejercitada, en la κοινή itálica, de las nociones de ἀδικία y ἀδικημα. Éstas según este autor serían términos técnicos que designaban el acto de violencia que provocaba dolor o lesión, pero también ofensa; dos términos que compartían también el valor de aquello que es contrario a lo conveniente, a lo justo. Estos términos serían ampliamente documentados en las relaciones internacionales para designar los actos de daño y de hostilidad sobre el extranjero, exactamente al análogo uso de *iniuriae* en las relaciones internacionales. Por el acercamiento de la “personalidad” del estado a aquélla del individuo, se habría realizado un traspaso de lo público a lo privado.

13. NUESTRA INTERPRETACIÓN

“Un auténtico misterio aquél de la *iniuria* en las XII Tablas”⁴⁴³. Esa es la conclusión que debe sacarse *a priori* de todo lo que hasta ahora se ha expuesto. Son inciertas las fuentes jurídicas que constatan toda noción de *iniuria* en la época decemviral, son escasas

⁴⁴² Para una visión crítica de la concepción asumida por la mayoría de la doctrina romanista de la influencia griega en la *iniuria* latina cfr. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, Milano 1941, “*L'asserita influenza greca sul concetto e la disciplina dell'iniuria posteriormente alle XII Tavole*” p.39 ss.

⁴⁴³ MANFREDINI, *L'iniuria nelle XII tavole. Instabilis ex lege (Cornelia de iniuriis)*. Derecho romano de Obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Gener. Madrid 1994, p799-809

y contradictorias las noticias que se recogen en la tradición literaria, y son aún más dispares las interpretaciones que la doctrina ha dado sobre la base de estas fuentes jurídicas y literarias.

Por ello se debe buscar entre todos estos pareceres un intento lógico de reconstrucción de un ilícito que entendemos se encuentra esbozado en la época decemviral, la iniuria.

De las fuentes jurídicas Gayo 3, 223⁴⁴⁴, Coll. 2, 5, 1-5 (Paul. *lib. sing. tit. De iniuriis*)⁴⁴⁵, PS. 5, 4, 1-22⁴⁴⁶ e I. 4, 4, 7⁴⁴⁷, el núcleo más antiguo del delito clásico de *iniuria*, referido a las XII Tablas, es individualizado de forma diferente: en la *m. Ruptio, os fractio* y *ceterae iniuriae* (Gayo), en la *m.ruptio* y *facere iniuria(m)* (Collatio), en la *m.ruptio, o.fractio* y *carmen famosum* (Pauli Sententiae), en la *m.ruptio* y *o.fractio* (Instituciones de Justiniano). De estos textos la tradición ha considerado casi pacíficamente que en el sistema de las XII Tablas fueron previstas dos figuras de *iniuria* cualificada, el *membrum ruptum* y el *os fractum*⁴⁴⁸, penada la primera con el talión, la segunda con una pena pecuniaria fija, y una *iniuria* no cualificada y no determinada legislativamente en sus extremos, por la que era

⁴⁴⁴ Gayo 3, 223: *Poenam autem iniuriarum ex lege XII Tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut conlissum trecentorum assium poena erat, si libero os fractum erat; at si servo CL; propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta.*

⁴⁴⁵ Coll. 2, 5, 4: *Fit autem iniuria vel corpore, dum caedimur, vel verbis, dum conviciamur patimur, vel cum dignitas laeditur, ut cum matrone vel praetextatae comites abducuntur.* Después a propósito del origen legítima de la *a. Iniuriarum* se dice: Coll. 2, 5, 5: *Legitima ex lege duodecim tabularum: 'qui iniuriarum(m) alteri facit quinque et viginti sestertiorum poenam subit'. Quae lex generalis fuit: fuerunt et speciales, velut illa: 'si os fregit libero, CCC si servo, CL poenam subito sestertiorum'.*

⁴⁴⁶ PS. 5, 4, 1: *Iniuriam patimur aut in corpus aut extra corpus: in corpus verberibus et illatione stupri, extra corpus conviciis et famosis libellis, quod ex adfectu uniuscuiusque patientis y facientis aestimatur.* PS. 5, 4, 6: *...Lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis.*

⁴⁴⁷ I. 4, 4, 7: *Poenam autem iniuriarum ex lege duodecim tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummariae poenae erant constitutae quasi in magna veterum paupertate... Sed poena quidem iniuriae, quae ex lege duodecim tabularum introducta est, in desuetudinem abiit...*

⁴⁴⁸ El carmen famosum podría constituir la tercera especie de *iniuria* cualificada, según el tenor de Paul.Sent. 5, 4, 6 y las alusiones más o menos explícitas de los textos literarios. Pero siempre la doctrina está orientada en el sentido de asignar a tal figura delictuosa otra categoría, conforme a su estructura original.

establecida la pena de 25 ases. Y sobre la base de esta tradición⁴⁴⁹ las modernas reconstrucciones de las XII Tablas⁴⁵⁰ proponen, no sin variaciones de un cierto relieve tres normas: tab.8, 2 relativa al *membrum ruptum*, tab.8, 3 *os fractum* y tab.8, 4 sobre la llamada *iniuria* simple.

1.- MEMBRUM RUPTUM, OS FRACTUM E INIURIA.

Es por lo tanto necesario comenzar determinando las relaciones que existen entre estas tres normas y si existe una conexión sistemática -como mencionan los textos clásicos- entre la norma relativa a la así dicha *iniuria* simple y las normas sobre el *membrum ruptum* y el *os fractum*, en el sentido que estas dos figuras delictuosas sean comprendidas en la categoría de la *iniuria* y constituyan formas agravantes de ésta.

El primer problema mencionado es considerado vano por HUVELIN⁴⁵¹, que entiende que esta pregunta denota en quien la formula una singular preocupación por descubrir en las XII Tablas las mismas tendencias sistemáticas que se atribuyen hasta ahora bastante gratuitamente a los legisladores modernos: si los intérpretes posteriores han creído posible configurar unitariamente el delito de *iniuria* esto significa que existían caracteres comunes entre las infracciones previstas, significa que bajo éstas existía en todo caso un substrato común.

Sin embargo, éste es el punto de partida para delimitar entre tantas incoherencias textuales los confines de la *iniuria* en el derecho de las XII Tablas, iluminar la fisionomía más antigua y demostrarse

⁴⁴⁹ Se debe añadir respecto al *membrum ruptum* un texto de Festo.496: *Talionis mentionem fieri in XII ait Verrius hoc modo: "si membrum rup(s)it, n̄ cum eo pacit, talio esto". Neque id quid significet, indicat, puto quia notum est: permittit enim parem vindictam.*

⁴⁵⁰ SCHOELL, *Legis XII tab. Reliquiae*; BRUNS, *Fontes, pars prior*; RICCOBONO, *FIRA*, I.

⁴⁵¹ HUVELIN, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain* en Mel, Appleton, Lyon-Paris 1903

útil para explicar la singular denominación. No es verdad, pues, que en este modo se quiera atribuir a la legislación decemviral preocupaciones sistemáticas, que son naturalmente ajenas a los codificadores primitivos, ni que se quiere trasponer en ésta conceptos dogmáticos formados en época más tardía; se trata de considerar si la *membri ruptio*, la *ossis fractio* y la *iniuria* era penados como un único delito, salvo la emanación de normas particulares para las formas de agravantes, o si bien era establecida una disciplina distinta e independiente para las tres clases de actos.

Al respecto PUGLIESE⁴⁵² afirma, y nosotros compartimos, que no es para nada exacto que la unificación sucesiva de las categorías de *iniuria* demuestre la preexistencia de un sustrato común, sea porque este sustrato puede ser -en cambio- el efecto del desarrollo histórico, sea sobre todo porque el desarrollo histórico puede haber modificado el ángulo visual, dando relieve preeminente a una comunicación de caracteres, que antes pareciese secundaria, y viceversa reduciendo a elementos de detalle signos distintivos, que tuviesen anteriormente valor decisivo. El problema que planteamos es, por lo tanto, no sólo relevante sino absolutamente legítimo para lo histórico.

A éste debemos responder que los tres preceptos corresponden a tres ilícitos distintos porque:

1. –Las XII Tablas no mencionan el término *iniuria* ni respecto a la *ossis fractio*⁴⁵³ ni a propósito de *membrum ruptio*. Aunque los intérpretes más tardíos⁴⁵⁴ describen la tercera norma como las *ceterae iniuriae*, el texto decemviral con las palabras “*si iniuriam*

⁴⁵² PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* I, Milano 1941.

⁴⁵³ Cuya norma se puede aproximadamente reconstruir por las palabras de Paulo en Coll. 2, 5, 5: “*si os fregit libero...*”

⁴⁵⁴ Gayo 3, 223.

(*alteri faxsit*)” contempla una hipótesis del todo distinta a la enunciada con las palabras “*si os fregit*” o si “*membrum rupsit*”⁴⁵⁵. Además se debe considerar que los dos primeros son delitos de resultado, penado el hecho que constituye la lesión, mientras que en el caso de la *iniuria* -como se explicará más adelante- es más bien un ilícito donde se pena la acción antes que el resultado que es precisamente la ofensa y no la lesión.

2. - Los delitos son distintos como manifiesta la naturaleza de las penas. El culpable de la *membri ruptio* sufre el talión, quien ha causado *ossis fractio* debe pagar 300 ases (la mitad si la víctima es un esclavo), quien ha cometido una *iniuria* es sancionado con la multa de 25 ases, penas distintas tanto por la sustancia como por la entidad.

Se pudiera considerar que se trata de un delito valorado de forma unitaria para el que fueron previstas penas diferentes cuantitativa o cualitativamente, pero en este caso la diferencia de la pena no está dirigida, en contra de algunos autores, a una represión más o menos intensa.

El talión no es -como ya hemos mencionado- necesariamente una pena más grave que la multa de 25 ases sino que es una pena más primitiva, que remonta a otra fase de civilización. De igual modo, entre los 300 ases del *os fractum* y los 25 ases de la *iniuria* la desproporción es tremendamente profunda para que se pueda pensar en una simple diferencia de grado entre los dos delitos; éstos pertenecen a dos distintos órdenes de gradación y la diferencia entre los respectivos delitos es sustancial.

⁴⁵⁵ Ver argumentación de PUGLIESE.

Las penas de *os fractum*, de *membrum ruptum* y de la *iniuria* se sitúan en un momento distinto de la evolución histórica: aquélla del *membrum ruptum* mostraría el paso del ejercicio privado de la venganza, regulado por la *civitas* con el talión, a la pena pecuniaria (la composición pecuniaria de la *pactio*), mientras que aquélla del *os fractum* y la *iniuria* atestiguarían el resultado del proceso evolutivo (la pena pecuniaria fija). Además compartimos la opinión de LUZZATO conforme a la cual la *iniuria* habría sido siempre reprimida con una pena pecuniaria fija en contraposición con el *membrum ruptum*⁴⁵⁶ y el *os fractum*⁴⁵⁷ que en un origen habrían sido penados con el talión.

3. - La distinción de la *iniuria* del *membrum ruptum* y el *os fractum* se manifiesta en los sujetos pasivos del ilícito: El *os fractum* constituía un delito tanto en el caso en que fuese víctima un libre que si la sufriese un esclavo; el delito no cambiaba su naturaleza y sólo era prevista una disminución de la pena en el caso de ser la víctima esclavo. Para el *membrum ruptum* no se menciona nada, pero no se puede excluir en principio que fuese regulado del mismo modo, desde el momento en que la pena del talión permitía adecuar la represión a la individualidad de la víctima.

En cambio la *iniuria* no podía seguramente culpar a un esclavo, es decir, que permanecería impune un atentado de tal género sobre un esclavo. Esto resulta del hecho que sólo en una época –como aprecia PUGLIESE– bastante tardía fueron penadas las *iniuriae* sufridas por un esclavo, y fueron penadas a continuación de la emanación de un edicto especial pretorio. Por otra parte, incluso en tal periodo avanzado, no se tuvo una equivalencia entre la *iniuriae*

⁴⁵⁶ Festo. 496: *Talionis mentionem fieri in XII ait Verrius hoc modo: "si membrum rup(s)it, ni cum eo pacit, talio esto". Neque id quid significet, indicat, puto quia notum est: permittit enim parem vindictam*". Gell.20, 1,14: *Nonnulla autem in istis legibus ne consistere quidem, sicut dixi, visa sunt velut illa lex talionis cuius verba, nisi memoria me fallit, haec sunt: si membrum rupit, ni cum e pacto, talio esto*.

⁴⁵⁷ Prisc. Gramm.VI, 264 K: *Cato tamen os protulit in III originum: si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur*.

contra un libre y las *iniuriae* contra un esclavo, puesto que, a parte el importe distinto de la pena, sólo por tales *iniuriae* más graves la promesa de la *actio* era incondicional, mientras para las otras *iniuriae* era subordinada a la *causa cognitio*, de modo que la representación venía caso por caso y no necesariamente en todos los casos. Así, mientras la *ossis fractio* y creemos que también la *membri ruptio* eran reprimidos, de todos modos, en el caso que el lesionado fuese un esclavo, la *iniuria* podía ser dirigida sólo contra un libre.

4. – Por último, otra diferencia entre los presupuestos del delito, se establece en el testimonio de Aulo Gelio (20, 1, 34) según el cual la *membri ruptio* habría sido castigada independientemente de su voluntariedad, noticia que podría referirse también a la *ossis fractio* que antes de las XII Tablas era sancionada con el talión. La *iniuria* en sentido propio no parece poder abrazar más que actos voluntarios⁴⁵⁸: cuando no se castigase la lesión física, sino el acto material contra la persona no productivo de alguna mermación, el acto es por definición voluntario y no se sabría atribuir relevancia a un acto imprudente.

Por todo ello, a pesar de la afinidad de contenido de los tres preceptos (lesiones personales) y la probable pertenencia de las normas que los editores modernos colocan en XII tab.8, 2 (norma relativa al *membrum ruptum*, con la pena *talio* a menos que *pacisci* entre los interesados), en XII tab.8, 3 (norma relativa al *os fractum* con diferenciadas penas pecuniarias) y en XII tab.8, 4 (la norma que aquí específicamente interesa) a un único contexto normativo se tratan de ilícitos totalmente separados. La común pertenencia de los

⁴⁵⁸ Ver teoría de Mommsen. Según este autor la iniuria en los primeros tiempos no requería dolo, era penada si se realizaba culposa o dolosamente. Con posterioridad se pena sólo la intencional, no podía cometerse culposamente, se exigía que la ofensa jurídica fuera intencionada. Esta postura de MOMMSEN tiene su razón de ser por la interpretación global de la *iniuria* como delito que recoge tanto las lesiones *membrum ruptum* y *os fractum* con la *iniuria* simple como tres tipos dentro de una noción general de *iniuria*. El comprender el *membrum ruptum* y el *os fractum* lleva a reconocer la culpa dentro de la *iniuria* puesto que es manifestado claramente por el texto de Gelio 20, 1, 34.

tres preceptos a la misma trama legislativa es probada –en los límites en los que se puede hablar de prueba en aspectos tan arcaicos- tanto por la exposición de Gayo 3, 223, como por la exposición atribuida a Paulo en Coll.2.5.5. Estos dos textos, en efecto, unen los tres preceptos y hacen aparecer la norma relativa al supuesto de quien *iniuria faxsit* como una prescripción conexa (relativa con la expresión *ceterae iniuriae*, según Gayo; y como una *lex generalis* según la *Collatio*) a las otras dos, conexa pero no unida. Será en una época posterior a las XII Tablas cuando el *membrum ruptum* y el *os fractum* serán absorbidos en la noción de *iniuria* como ofensa física que incluya todas las lesiones físicas, incluso las más graves, y que, con posterioridad, será ampliada con la intervención pretoria a la ofensa moral, surgiendo así la *iniuria-contumelia* recogida en D. 47, 10, 1 Ulpiano⁴⁵⁹. En la época decemviral no existe otro ilícito que sea denominado *iniuria facere* que no sea el recogido en la tabla 8,4.

2. – CONCEPTO DE *INIURIA*.-

Una vez deslindado el ilícito de la tab. 8, 4 con independencia de los otros dos preceptos decemvirales tab.8, 2 *membrum ruptum* y tab.8, 3 *os fractum*, se plantea el mayor problema y del que han surgido si cabe más interpretaciones que sobre la sistematización de las tablas 8.2, 8.3 y 8.4: la denominación de *iniuria* para un delito dentro del ámbito de las lesiones personales.

⁴⁵⁹ D. 47, 10, 1 pr. (Ulp.1.56. ad ed): “*Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omnem enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur, hoc generaliter, specialiter autem iniuria dicitur contumelia, interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus: interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuram, contumeliam autem a contemnendo*”

Etimológicamente debe admitirse que *iniuria*⁴⁶⁰ deriva de *ius* y la partícula negativa *in*. Este significado es todo aquello que es hecho *non iure*, esto es, injustamente; no *contra ius*, esto es, en violación de una norma jurídica expresa⁴⁶¹. La *iniuria* en términos generales es definida por MOMMSEN⁴⁶² como “lo opuesto al derecho, *ius*, no en su sentido ético, sino en el político, era en Roma la injusticia, *iniuria*”, “*quod non iure fiat*”⁴⁶³.

Una etimología que hace muy poco probable que tal significado general de injusticia o ilícito haya sido históricamente posterior a un significado restringido que se conectaría a una noción técnica que es la que sería atribuible a la norma que nosotros interpretamos. No se entendería que este término hubiese designado primero una serie de ilícitos y posteriormente los juristas y en el lenguaje común se hubiera utilizado con un sentido amplio capaz de acoger toda especie de ilícito.

Pero de igual modo la interpretación de que esta noción de *iniuria* con un sentido genérico hubiera designado desde el principio todo tipo de ilícito es inverosímil, puesto que una noción que hubiese acogido a todos los ilícitos debiera haber quedado como categoría general de éstos como por ejemplo los términos técnicos como *delictum* o *maleficum*, lo que no ha ocurrido.

⁴⁶⁰ HEUMANN-SECKEL *Handlexicon* Jena 1907 sv. *Iniuria*: en este léxico, reconociéndose a *iniuria* el significado general de *non iure*, se consideran como otros significados generales aquellos de *iniquitas*, *culpa* y *damnum* y se admite un solo significado especial, aquel de *contumelia*.

FERNANDEZ DE BUJÁN, A., “Observaciones acerca de la noción de infamia e ignominia en Derecho romano”, Estudios Homenaje a Vallet de Goytisolo, Tomo IV, pp. 313-341, 1988

⁴⁶¹ De antijuridicidad habla SCHIPANI *Responsabilita* cit.p.303 nt.62. En D.9, 2,5,1 Ulp.l. 18 *ad ed*) y Coll. 7,3,4 (Ulp.18 *ad ed*) podría recogerse una confrontación de la idea que se distinguiese un significado de *iniuria* como *non iure* de un significado en el que *iniuria* expresa aquello que es *contra ius*. A parte que la asimilación entre *non iure* y *contra ius*, en los fragmentos citados, es limitada a la *iniuria* aquiliana y por lo tanto no compromete el sentido general del término, parece probable que los fragmentos - si no el solo inciso *hoc est contra ius*- sean reelaborados; sobre este punto existe amplia discusión CANNATA *Per lo studio della responsabilita per colpa nel diritto romano classico* Milano 1969, p.307 nt.1.

⁴⁶² MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*. Leipzig 1899, p.784 ss

⁴⁶³ D. 47,10,1 pr.(Ulp.1.56 *ad ed*)

Nos encontramos ante un término *iniuria* que ha sido interpretado de muy diversos modos conforme se ha dado contenido al término *ius*, así las tesis de KASER seguida por SIMON y DI PAOLA. Pero que en la doctrina general ha sido entendido como un término de injusticia, ilícito, idóneo para describir una acción deforme del concepto del deber ser, acto para expresar una apreciación de no conformidad a las normas positivas o a concepciones sociales largamente seguidas, pero que puede tener su base también en apreciaciones y valores restrictivos. Un término jurídico con un sentido equivalente al valor en el lenguaje común. Por efecto de tal valor del término *iniuria* en el lenguaje jurídico ha habido autores que han negado la posibilidad de considerarse 'término jurídico técnico' y, por eso, conforme al sentido que suele atribuirse a tal expresión, no habría designado un instituto típico, así MANFREDINI, BIRKS o ALBANESE.

Antes de determinar la noción de *iniuria* como término técnico apto para denominar un delito decenviral, estableceremos qué debe entenderse como término técnico-jurídico. Una definición de lo que deba considerarse término jurídico-técnico no ha sido dada por la historiografía ni por los estudiosos, que analizando la relación entre el lenguaje común y lenguaje jurídico en la experiencia romana, han hecho un amplio uso del concepto de término jurídico-técnico. Del análisis de la literatura más reciente emerge la opinión difusa de que en la época más remota el lenguaje jurídico romano se había ampliamente nutrido del lenguaje común.

A este respecto BIONDI⁴⁶⁴, sostiene que los dos lenguajes se identifican. En la antigüedad el hombre de la calle no tenía dificultad para comprender el significado de los términos jurídicos siendo éstos

⁴⁶⁴ BIONDI, *La terminologia romana come prima dommatica giuridica* ahora en *Scritti giuridici I*, milano 1965 p.181

los términos del lenguaje común. Por esto, no habían existido términos técnicos hasta cuando la ampliación del ordenamiento jurídico hubiese gestado las bases para el desarrollo de una ciencia que sólo ahora se hubiera iniciado a tecnificar su lenguaje, asignándoles un valor convencional.

KASER⁴⁶⁵ admite la presencia ya en el más antiguo lenguaje jurídico romano, de términos jurídicos técnicos, precisamente aquellos que indican los *delicta*, los *crimina* y los actos formales.

CARCATERRA⁴⁶⁶ estudiando el problema de los *nomina iuris* a la luz de los postulados de la lingüística moderna, amplía notablemente el conjunto de los términos técnicos: él entiende que el mensaje jurídico es confiado al sintagma y a la proposición, al interior de los cuales, en virtud de la función normativa que a éstos el legislador ha asignado, las singulares palabras cambian su aparente significado común. Incluso este autor admite la presencia, en el lenguaje jurídico de términos con significado común.

El término *iniuria* es utilizado con el mismo significado que en el lenguaje común. En los documentos literarios que de este momento se conservan y que reflejan el sentido común del término *iniuria* se puede individualizar un unitario valor de *iniuria* que describe genéricamente la injusticia de un hecho, su deformidad del deber ser.

Tales textos pertenecen básicamente a obras de cómicos⁴⁶⁷. HUVELIN ha recogido todos los textos en los que es usado el término *iniuria* en las distintas formas gramaticales y en el arco de tiempo comprendido entre Ennio y Cayo Graco, y que constituyen la base para la discusión sobre el valor de *iniuria* en la época republicana.

⁴⁶⁵ KASER, *Zum juristischen Terminologie der Römer* en Studi Biondi I, Milano 1965 p.97ss

⁴⁶⁶ CARCATERRA, *Struttura del linguaggio giuridico precettivo romano* Bari 1968. p.11 ss.

⁴⁶⁷ Plauto y Terencio fundamentalmente.

Un resultado de la investigación de HUVELIN hoy constituye opinión común: *iniuria* en el mayor número de los testimonios significa injusticia, es el valor abstracto más general que se liga a aquél de *non iure*, *αδίκια*⁴⁶⁸, precisado en las conocidas definiciones de los juristas clásicos.

Iniuria en la forma de *facere iniuria*, como adverbio *iniuria*, como adjetivo *iniurius* o sustantivo *iniuriarum*, cualifica bajo el perfil de no deber ser, de la violación de una competencia o de una regla los hechos más dispares: hacer uso de un nombre falso (PLAUT. *Mil.* 436-438); la toma violenta de alguno sin su consentimiento (PLAUT. *Men*, 1008); sustraerse a la presencia de un amigo (PLAUT. *Trin*, 630); forzar a la esclava amada por el hijo (PLAUT. *Merc*, 991); negarse a consignar el dinero de una persona honesta (PLAUT. *Asin*, 497), el comportamiento hostil que ha hecho huir al hijo de casa (TER. *Heaut.* 137; 147) las *leves noxiae* y *aliquod verbum* (TER. *Hec*, 307-313); la supuesta falta de asistencia a un enfermo (TER. *Hec*.256) buscar falsos pretextos para abandonar a la legítima consorte e ir a vivir con una cortesana (TER. *Hec*, 690; 692). Con *iniuria* se expresa la idea del no deber ser, que salvando los singulares contextos en los que es referida, puede adecuadamente traducirse como tuerto, daño en sentido amplio, ofensa grave.

Iniuria se encuentra en las combinaciones más variadas y en referencia a los actos más diversos, pero que sus significados se reagrupan e ntorno a pocas ideas generales, unidas lógicamente unas a las otras: *iniuria* designa a veces la injusticia en sentido abstracto, más a menudo el acto que lesiona económicamente, físicamente o moralmente a una persona y es contrario al derecho, a la justicia ideal o a la equidad, correlativamente el resultado de este acto, esto

⁴⁶⁸ D. 47, 10, 1 pr. ; Coll.2, 5, 1; I. 4, 4 pr.

es la lesión económica (daño), física (lesión en sentido estricto), moral (ofensa), en definitiva, el elemento de la antijuridicidad (o de la iniquidad o de la inmoralidad) que caracteriza la lesión o cualifica el acto⁴⁶⁹.

Junto a esta noción genérica de acto *non iure*, se ha pretendido ver una segunda acepción donde se entendería *iniuria* como acto de violencia. Ésta es la interpretación que ha pretendido dar HUVELIN⁴⁷⁰ “même fort éloignées l’une de l’autre”: en una acepción *iniuria* habría designado todo acto contrario a la justicia, a la equidad, y en otra acepción, considerada la más antigua, ésta habría indicado simplemente un acto de violencia.

Esta acepción entendemos que no es correcta, no existe una doble raíz del término *iniuria* en la que identificar los actos lesivos comprendidos en el delito de la tabla 8.4. Por tanto la idea de que *iniuria* expresase originariamente la noción de violencia es incorrecta. El elemento violencia se encuentra en supuestos diversos, y no sólo delitos sino también actos lícitos y en estos últimos casos nunca reciben el nombre de *iniuria*, por ejemplo, *iniuria vindicare* de la *legis actio*.

Como afirma PUGLIESE, *Iniuria* debe entenderse que no es simplemente el acto violento, sino el acto violento injusto, donde la violencia no es el elemento que distingue los actos conocidos bajo el nombre de *iniuria* sino la ANTIJURIDICIDAD. Este significado etimológico de la palabra no es desconocido por los antiguos Quirites, donde, si se quiere admitir que ésta designase una categoría limitada de ilícitos, es necesario presuponer que éstos tuviesen tales caracteres, que los hiciesen dignos de un relieve particular desde el

⁴⁶⁹ PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*.cit, p. 18

⁴⁷⁰ HUVELIN, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain* en Mel, Appleton, Lyon-Paris 1903

punto de vista de la antijudicidad. No existe una acepción más restringida relativa exclusivamente a los actos violentos. Esto, se entiende, no induce a creer que no sean recogidos bajo el nombre de *iniuria* también tales actos, al contrario, pero no necesita deducirse que *iniuria* en uno de sus sentidos indique específicamente las manifestaciones de violencia, sino sólo que éstas entrarían en la categoría general de los actos lesivos e injustos.

La *iniuria* como noción genérica de acto *non iure*, ilícito, califica a unos actos caracterizados por la antijuridicidad que en el precepto decemviral tab.8, 4 serían aquellos actos injustos violentos. A pesar de las críticas de indeterminación de la noción de *iniuria* para una época como las XII Tablas, se ha de mantener que la denominación *iniuria* se ha caracterizado a lo largo de su desarrollo por el hecho de incluir muchos tipos de actos diversos que tienen como nota común la ilicitud; así en épocas posteriores se incluirán tanto actos de violencia física, ofensas morales, culpa, *iniquitas*, *iniustitia*, *iniuria iudicis* e incluso como medio genérico de la tutela del uso o disfrute del dominio público (*tuitio locorum publicorum*) D. 43,8: "*Ne quid in loco publico*" ⁴⁷¹. Es pues manifiesto el uso genérico con que se ha utilizado la noción de *iniuria*:

1.- En el ámbito procesal.- *iniuria vindicare* dentro del formulario de las *legis actio sacramento* e *iniuria iudicis*⁴⁷²: Numerosas fuentes documentan el uso de *iniuria* en relación con una disposición del juez, deforme de la situación jurídica preexistente⁴⁷³. Este uso del término *iniuria* es particularmente difundido en los textos

⁴⁷¹ Sobre la protección del dominio público véase ALBURQUERQUE, La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público: especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae), Madrid: Dykinson, 2002, 349 págs; y ALBURQUERQUE "Perfil de la orden interdictal ne quid in loco publico fiat", en Derecho y Opinión, 5, 1997, págs. 139-161.

⁴⁷² Sobre el tema de iniura iudicis véase MOLLÁ, S, "Relación entre iniuria e iniuria iudicis", cit.

⁴⁷³ PUGLIESE *Note sull'iniustizia della sentenza in diritto romano* en Studi Betti, III, Milano 1962

de la jurisprudencia clásica y en las fuentes más tardías⁴⁷⁴, pero también este uso es atribuido a Servio⁴⁷⁵, Mucio⁴⁷⁶ y Labeón⁴⁷⁷. Limitándonos al aspecto estrictamente terminológico no existe duda de que en estas conexiones *iniuria* significa injusticia. Es la injusticia de la disposición del juez la que se ha sufrido, por la que se ha sido injustamente *victi*⁴⁷⁸ o *soluti*⁴⁷⁹ o *condemnati*⁴⁸⁰, pero también la injusticia deriva al sujeto⁴⁸¹ de una *iniusta damnatio*⁴⁸² o de una *iniqua sententia*. También en los casos en los que *iniuria* designa o cualifica el comportamiento del juez, no existen elementos para suponer que exprese un valor específico respecto a aquél de injusticia, como aquél de dolo⁴⁸³.

Por otro lado existen enunciados generales que nos aseguran sobre el significado de *iniuria* como injusticia, en la locución considerada, *iniuria iudicis*.

D. 47,10,1 pr. (Ulp.l.56, *ad ed*): ...*interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret...*

Coll. 2,5,1: ... *iniuria... iniquitas et iniustitia, quam Graeci ἀδικίαν vocant. Nam cum praetor non iure adversum nos pronuntiat, iniuriam nos accepisse dicimus ...*⁴⁸⁴

⁴⁷⁴ Cfr. C.4, 35, 10; C. 4, 64, 1; C. 8, 44, 8; C. 8, 44, 12.

⁴⁷⁵ D. 17, 2, 52, 18 (Ulp. l. 31 *ad ed*)

⁴⁷⁶ D. 40, 7, 29, 1, (Pomp. L.18 *ad Q.M*)

⁴⁷⁷ D. 40, 7, 29, 1; D. 21, 2, 5 (Paul.l. 33 *ad ed*)

⁴⁷⁸ D.40, 7, 29, 1.

⁴⁷⁹ D. 46, 8, 22, 2; D. 20, 6, 13.

⁴⁸⁰ D. 15, 1, 50; D. 17, 2, 52; D. 46, 1, 67.

⁴⁸¹ D. 21, 2, 51 pr: deriva la *iniuria* al sujeto a causa del *error* y de la *imprudencia* del juez.

⁴⁸² D. 46, 1, 67.

⁴⁸³ Un solo texto contrapone la *iniuria* al *error* del juez: D. 3, 3, 46. En D. 21, 2,51 pr, se habla de *imprudencia* y de *error* del juez del que deriva *iniuria* al *emptor*. BRUTTI, *Il problema del dolo processuale nell'esperienza romana* I, Milano 1973, niega que *iniuria* se refiera a un comportamiento ilícito del autor del acto sino al contenido del acto mismo.

⁴⁸⁴ Cfr. I.4, 4 pr.

Estas clasificaciones de discutida clasicidad ponen el caso de la *iniuria iudicis* como ejemplo del valor especial de *iniuria* en el sentido de *iniquitas*, *iniustitia* junto a aquél de *contumelia* y *culpa*. En época posterior, en torno al valor de *iniuria*, la *iniuria iudicis* debió aparecer como algo más que una simple violación de la justicia objetiva; y en cuanto cometida por el que era ministro de la misma, el *iudex*, debía necesariamente aparecer como violación del derecho natural, de la *aequitas*.

2.-En el ámbito internacional.- El término *iniuria*, referida a situaciones de trasfondo internacional, designa los ilícitos anticomunitarios que pueden ser formalmente vetados por cláusulas de *foedera* y para cuya reparación se puede suponer que fuesen establecidos juicios arbitrales. A pesar de que los testimonios que se poseen son de diversa naturaleza, y que de los mismos no se extraen netamente los contornos del término, surgen indicios para considerar el uso de *iniuria* en las relaciones internacionales a partir de una época muy antigua como el de tuerto o ilícito. Así, el rito de los feciales relativo a la declaración de guerra, *rerum repetitio*, *testatio Iovis*, *testatio deorum*, e *indictio belli*⁴⁸⁵, antiquísimo uso del término *iniuria* para designar las injusticias internacionales denunciadas en el curso de la *rerum repetitio* cuya falta de reparación daría lugar a la declaración de guerra⁴⁸⁶.

3.- En el ámbito patrimonial.- *damnum iniuria datum: lex Aquilia*⁴⁸⁷ aquí interesa –primer y tercer capítulo- se recoge en los

⁴⁸⁵ “*Quod populi Priscorum Latinorum hominesque Prisci Latini adversus populum Romanum Quiritium fecerunt deliquerunt, quod populus Romanus Quiritium bellum cum priscis Latinis iussit esse senatusque populi Romani Quiritium censuit consensit conscivit ut bellum cum Priscis Latinis fieret, ob eam rem ego populusque Romanus populis Priscorum Latinorum hominibusque Priscis Latinis bellum indico facioque*”

⁴⁸⁶ Tal interpretación queda más apoyada por testimonios que documentan el uso de *iniuria*, ἀδικημα, ἀδικειν en las cláusulas de *foedera* de la alta República con las que se sanciona la prohibición de injusticias recíprocas y se reconoce, en presencia de estos últimos, la necesidad de una reparación atribuida a un procedimiento arbitral.

⁴⁸⁷ Sobre la *Lex Aquilia*: DAUBE, *On the third chapter*, cit.p 253. VON LÜBTOW, *Untersuchungen*

textos del D. 9, 2, 2 pr (Gai. 1.7 *ad ed pr*), D.9, 2, 27, 5 (Ulp.l.18 *ad ed*) y Gayo. 3, 217. En estos textos aparecen las formulaciones *iniuria occidere, urere frangere rumpere* de las que no se puede dudar su autenticidad, y que en la fase más antigua de la ley, calificaban las acciones punibles en relación de causalidad directa con la cosa.

Arbores iniuria caedere: XII tab.8, 11 a la que Plinio⁴⁸⁸ se refiere precisando que *cautum est XII tabulis, ut qui iniuria cecidisset alienas (scil.arbores), lueret in singulas aeris XXV*; es muy probable que el precepto recordado por Plinio contuviese, y con valor sustancialmente idéntico a aquél que se acoge en el citado texto del formulario de la *l.a.sacramento*, la locución *iniuria caedere* (o más probablemente *succidere*: cfr. Gayo 4,11; D.12, 2, 28, 6; D.47, 7, 5 pr.)

4.-En el ámbito personal: es nuestro caso, en el ámbito de las relaciones personales el término *iniuria* aparece en la norma tab.8, 4 INIURIA(M) ALTERI FACERE como acto personal (*alteri*), acto injusto (*iniuria*) pero no contra derecho, que constituye un delito personal entre ciudadanos romanos libres y que reprime los actos injustos personales que por ubicación e independencia de las tab.8,2 y 8,3, son determinados como ofensas personales físicas. Son actos lesivos e injustos que no se caracterizan tanto por la lesión física como por

cit.p.25. LIEBS, *Damnum, damnare und damnas* en ZSS. 85, 1968. KELLY, *The meanig of lex Aquilia*, en LQR. 30,1964. PUGSLEY, *Damni iniuria*, en T.36 (1968) y *The origins of the lex Aquilia* en LQR. 35 (1969). ROTONDI, *Dalla lex Aquilia all'art.1151 cod.civ* en Scritti giuridici, II, Pavia 1922; KUNKEL *Exegetische Studien zur aquilischen Haftung* en ZSS.49 (1929). MARTON, *Un essai de reconstruction du developpement probable du système classique de responsabilité civile* en RIDA.2 (1949). VISKI, *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la république*, en RIDA 2, 1949. BEINART, *The relationship of iniuria and culpa in the lex Aquilia*, en Studi Arangio Ruiz, I, Napoli 1953. PERRIN, *Le caractère subiectif de l'iniuria aquilienne à l'époque classique*, en Studi de Francisci, IV Milano 1956. ALBANESE, *Damnum iniuria datum*, en NNDI, V, Torino 1960. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano clasico*, Milano 1969. MAC CORMACK *Aquilian studies*, en SDHI.41 (1975). SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino 1969.

⁴⁸⁸ PLIN. *Nat.hist* 17, 1, 7.

la ofensa injusta que se deriva del acto violento físico. Son los actos que constituyen la ofensa física y a los que se les da un nombre genérico *iniuria* por su ilicitud, su indeterminación en las acciones y lesiones concretas, y a los que con el término *iniuria (in-ius)* se les atribuyen un sentido moral referido en su significado etimológico *contra ius -ius* que en la época arcaica en la que se menciona no puede determinarse un total deslindamiento con los valores religiosos y morales- y que por tanto, atribuye una nota de ilicitud que no sería dada si sólo se mencionasen las acciones violentas, como algunos autores reclaman⁴⁸⁹.

3. - CONTENIDO DE LA *INIURIA*. -

El contenido preciso en los tiempos de las XII Tablas de la *iniuria*, de la tab. 8,4 es difícil de determinar. Naturalmente tratándose de un delito que es tan poco específico, con una noción genérica de ilicitud, de ofensa física, no se puede esperar encontrar un concluyente testimonio en las fuentes, sin embargo, existen algunos indicios que fundamentan los intentos de reconstrucción. Pero antes de exponer qué actos eran castigados con 25 ases y que otros ilícitos quedaban excluidos de tal ámbito, se debe fijar el precepto decemviral:

a) TEXTO DE LA NORMA. Tab. 8.4

La norma es referida por los modernos editores de las reliquias de las XII Tablas en esta forma:

XII tab.8.4: *Si iniuriam faxsit, viginti quinque poena sunt.*

⁴⁸⁹ MAFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria in età repubblicana...*cit.

Este es el texto formado, por ejemplo, en las *Fontes* realizadas por BRUNS-MOMMSEM-GRADENWITZ y en FIRA, se señala la eliminación de *alteri* después de *iniuriam*. Distinto texto se encuentra en *Les lois des Romains (Textes de droit romain, II, de GIRARD-SENN, Napoli 1977)* donde se lee: *si iniuria [alteri] faxsit <alteri> viginti quinque poenae sunt*.

Fuente principal de esta reconstrucción es el citado fragmento de Gelio 20, 1, 12, texto en el que se hace decir a Favorino, en el curso de un diálogo todo dedicado a las XII Tablas, que en aquellas leyes *de iniuria poenienda scriptum est: si iniuriam alteri faxsit, viginti quinque aeris poenae sunt*. Es necesario, no obstante, puntualizar que:

1. - la eliminación en el presunto verso originario de la palabra *alteri* referida por Gelio fue propuesta por primera vez, en su restitución de las *Legis XII tabularum reliquiae* del 1866 por R. SCHOELL y fue aprobada por muchos estudiosos posteriores. Esta eliminación no está justificada. Que *alteri* pudiese (no debiese) efectivamente estar presente en XII tab.8,4 ha sido, incidentalmente pero inconfundiblemente probado por FRAENKEL⁴⁹⁰ quien ha adoptado oportunamente el ejemplo de la norma, probablemente decemviral, al que se refiere Cicerón en *De rep.* 4. 10. 12 (donde se habla de *facere iniuriam flagitiumve alteri*), y en tres ejemplos semejantes:

a) tercer capítulo del *lex Aquilia* referido por Ulpiano en D. 9, 2, 27, 5: *...si quis alteri damnum faxit;*

b) la *lex Osca tab. Bant*, lin.13-14: *... svaepis pru meddixud alteri castrovs avti eituas zicolom dicust= si quis pro magistratu alteri fundi aut pecuniae diem dixerit;*

⁴⁹⁰ FRAENKEL, *Rec.a Beckmann, Zauberei und Recht in Roms Frühzeit*, en *Gnomon* 1 (1925) 191.

c) la *lex Osca tab. Bant* lin.24: *...svaepis op eizois com atrud ligud acum herest =... si quis apud eos cum altero lege agere volet.*

Naturalmente, contra la eliminación pura y simple de *alteri* está también la circunstancia de la presencia de la misma palabra en Coll. 2,5,5. Esta denota el ámbito personal en el que se desarrolla la acción, es un acto violento injusto contra *alteri*, concretamente contra un ciudadano libre.

2. - la eliminación de la palabra *aeris* usada por Gelio fue propuesta por PITHOU y es aceptada con amplio consentimiento. Esta eliminación no parece necesaria, incluso si se pudiese admitir que una determinación de los *viginti quinque* pudiese faltar, por ser sobreentendida, en el precepto originario; en cuanto a la sustancia sabemos por Gayo 1.122 que la determinación era en asses librales.

En esencia la redacción de Gelio de la tabla 8.4 es confirmada por el ya recordado Coll. 2, 5, 5 (Paul. L. *sing, ex tit. de iniuriis*): *Iniuriarum actio aut legitima est aut honoraria. Legitima ex lege duodecim tabularum: 'Qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti poenam subito'. Quae lex generalis fuit; fuerunt et speciales, velut illa: 'Manu fustive si os fregit libero CCC, si servo CL poenam subito sestertiorum'.* En una de las versiones del código, concretamente el Vercellés, aparece el término *iniuria* no en acusativo *iniuriam* sino en su forma *iniuria*.

Este supuesto –expresado con *iniuriam*⁴⁹¹ o como veremos con *iniuria faxsit* y para la cual era prevista por los decemviros una pena pecuniaria- según las noticias referidas con certeza por las fuentes⁴⁹², consistiría sólo en la **ofensa física** que no se concretaba en un *membrum ruptum* o en un *os fractum*. Por lo tanto, parece cierto que aquéllas que fueron después llamadas *iniuriae non in corpus* no estaban previstas por las XII Tablas⁴⁹³, bajo el perfil explícito del término *iniuria*.

b) MEMBRUM RUPTUM tab.8,2.-

Conforme a todo lo afirmado por la doctrina romanista y para trazar netamente los límites de la *iniuria* entendemos que la tab. 8,2 *membrum ruptum* debe ser entendida del siguiente modo:

TEXTO DE LA NORMA.-

Gelio 20, 1, 14: *Nonnulla autem in istis legibus
no consistere quidem, sicuti dixi, visa sunt, velut
illa lex talionis, cuius verba, nisi memoria me*

⁴⁹¹ Por esto HUVELIN, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain* en Mel, Appleton, Lyon-París 1903. Argumenta que la común restitución *si iniuriam faxsit* falsea ligeramente el texto decemviral, el cual debiera sonar “*si iniuria faxsit*” con *iniuria* al ablativo casi en sentido adverbial. Pero aprecia PUGLIESE que si los manuscritos de Gelio traen *iniuria*, la proposición entera que se lee es, sin embargo, *si iniuria alteri faxsit* y el dativo *alteri* reclama indeclinablemente *iniuriam* al acusativo. Puede darse que la palabra *alteri* no estuviese en la forma de las XII Tablas, pero si Gelio inspirándose posiblemente en una deformación tradicional, la insertó, no es posible que escribiese sin embargo *si iniuria faxsit*, sea porque así sonase la norma originaria. En Gelio *iniuria* es una corrupción de los manuscritos, donde no se puede recabar ningún indicio para sostener que las XII Tablas contemplasen más bien la *iniuria facere* que no *iniuriam (alteri) facere*.

Una singular reconstrucción de la norma es avanzada por HUSCHKE *Gaius* Leipzig 1855 p.117 quien sostiene si bien el acusativo pero propone el *alteri* en modo de hacerlo depender de *poenae sunt*: “*si iniuriam faxsit, alteri viginti quinque poenae sunt*”. *Alteri* sería por tanto, no la víctima sino el autor de la *iniuria*. Esta reconstrucción no tiene ninguna base textual y lleva a resultados incongruentes.

⁴⁹² Por ejemplo GELL. 20,1,13 donde es citado Labeón con la famosa anécdota de las bofetadas de L.Veracio; GAI. 3,220 con la significativa construcción: *Iniuriam autem committitur non solum cum quis... percussus vel etiam verberatus erit, sed etiam si cui convicium factum fuerit*; D. 47,10,11 pr (Ulp. 57 ad ed): *Non solum is iniuriarum tenetur, qui fecit iniuriam, hoc est qui percussit...* Naturalmente, los textos en los que *iniuria* se refiere ciertamente sólo a golpes son numerosos.

⁴⁹³ Caso del *carmen famosum*.

fallit, haec sunt: si membrum rupit⁴⁹⁴, ni cum e pacto, talio esto.

(Citaré la del talión: hela aquí , si no me engaña la memoria: "si alguno rompe un miembro, y no se llegase a un acuerdo, habrá talión")

Fest. sv talionis (L.496): Talionis mentionem fieri in XII ait Verrius hoc mod: si membrum rup<s>it, ni cum eo pacit⁴⁹⁵, talio esto.⁴⁹⁶

(Verro dice que en las Doce Tablas se menciona la del Talión, con estas palabras: si se rompe un hueso y no hay pacto apliquése el Talión)

Como ya hemos visto, después del estudio fundamental de HUVELIN prevalecía⁴⁹⁷ la tesis de que *membri ruptio* significaba extirpación o remoción violenta de una parte del cuerpo y que su efecto era por lo tanto la mutilación⁴⁹⁸. La primera oposición que tuvo

⁴⁹⁴ Al perfecto *rupit* recogido por Gelio MANFREDINI entiende que deba sustituirlo la forma más arcaica *rup<s>it* propuesta por LINDSEY en la edición crítica de Festo.

⁴⁹⁵ El único elemento de notable diferencia entre los dos textos está representado por la locución *ni cum e pacto*, cuya falta de sentido sintáctico en el primer texto hace pensar a MANFREDINI en un error de Favorino que refiere el texto de memoria o a una torpeza por él conscientemente querida para producir una fácil impresión sobre el adversario proponiéndole un texto oscuro, o bien un error de Gelio quién podría haber apuntado mal las palabras de Favorino.

⁴⁹⁶ No puede entenderse la tesis de BINDING que apoyado únicamente en Coll. 2, 5, 5 (Paulo. lib. sig. et tit. *de iniuriis*) y puesto que en este texto no viene mencionado el *membrum ruptum* niega su existencia y sólo identifica dos formas de *iniuria*: *os fractum* (cualificada) y la *iniuria* (penada con 25 ases).

⁴⁹⁷ DI PAOLA posición intermedia entre HUVELIN y PUGLIESE donde determina que dentro del *membrum ruptum* se incluyen las lesiones que suponen una pérdida de un miembro o la permanente funcionalidad de un órgano.

⁴⁹⁸ Este autor argumentaba además de con el sentido etimológico de *rupit* o *rapit*: Apelaba al sentido de que la mayor gravedad del *membrum ruptum* -como mutilación- respecto a la fractura del hueso (*os fractum*) explicaría que una fuese penada con el talión y otra con una pena pecuniaria, y que tal mutilación habría facilitado la ejecución del talión. Entendía el talión como una pena más grave que la pena pecuniaria fija. Si bien se acepta que la pena del talión es una pena más antigua que la pena pecuniaria fija, pero no se debe necesariamente suponer que el paso de una pena a la otra se haya realizado antes en los delitos más leves, que la mayor gravedad de los delitos haya determinado una prolongación del uso del talión. El talión, no obstante sus caracteres de brutalidad y primitivismo, no es intrínsecamente más grave que una multa en dinero; el proceso de transformación de aquél en ésta podrá haber sufrido la influencia de la mayor o menor *atrocitas* del delito, pero nada impide creer que otras causas hayan actuado sobre éste y precisamente que haya retrasado u obstaculizado el hecho que una pena pecuniaria fija pareciese inconcebible para algunas clases de delitos; la abolición del talión debía entonces ser acompañada por un cambio en el sistema punitivo y en el mismo proceso, en el sentido que la suma de dinero a pagarse a título de pena se adecuase al singular supuesto delictuoso y su fijación fuese demandada al juez conocedor de la controversia. No parece, pues que la aplicación del talión fuese menos fácil en caso de heridas u otras mermaciones físicas distintas de la mutilación.

esta teoría fue la de APPLETON quien desde 1903 sostiene que *membrum ruptum* era simplemente un miembro lesionado, deteriorado⁴⁹⁹. Esta tesis como hemos visto es seguida por PUGLIESE⁵⁰⁰, CORNIL⁵⁰¹, MANFREDINI⁵⁰² y VÖLKL⁵⁰³. Nosotros entendemos que debe ser la que prevalezca.

a) RUMPERE.- HUVELIN consideraba el significado etimológico de “*rupit*” o “*rapit*”, como se lee en los manuscritos de Festo; la raíz sería “*rup*” o “*rap*” e indicaría el acto de arrancar violentamente, extirpar. Sin embargo, conforme nos menciona PUGLIESE, en el vocabulario etimológico latino de WALDE⁵⁰⁴ “*rumpere*” viene unido tanto a “*ropaiato*”= corta, destroza, como a “*lupta-h*” = roto, dañado, como a “*rúpyati*” = ha arañado, rasguñado, dolores en el cuerpo; así al anglosajón “*reofan*” y al antiguo irlandés “*riufa*” = romper, arrancar, como al lituano “*ruperi*”= afanarse, afligirse por algo. Los mismos BRÉAL y BAILLY⁵⁰⁵ citados por HUVELIN recuerdan una sola raíz, el sánscrito “*lup*”, presente *lumpami*, y esta palabra significaba “*endommager, détruire*”. De este modo, por lo tanto se puede ampliar como uno de los significados que se apoyan en la etimología puede ser aquél de deteriorar materialmente una cosa o una parte

HUVELIN añadía un fragmento de Gelio (20, 1, 19) el cual, según su opinión, hablaría de “*inmanitas secandi partiendique humani corporis*” a propósito del talión realizado contra un culpable del *membri ruptio* y demostraría por lo tanto que el delito, simétrico al talión, consistiría en cortar, dividir el cuerpo de la víctima. Sin embargo ésta es una equivocación del ilustre autor: Gelio se refiere en este fragmento a la última consecuencia de la *manus iniectio*, cuando son más de uno los acreedores, es decir a la muerte del deudor y a la división de su cadáver entre los acreedores (“*tertiis nundinis partes secanto*”). Al contrario ofrece un importantísimo argumento a la tesis opuesta, ya que siempre en la respuesta de Cecilio, pero respecto a la pena de la *membri ruptio* se lee: “*verum est, mi Favorino, talionem parissimam fieri difficillimam. Sed decemviri minuere atque extinguere volentes huiusmodi violentiam pulsandi atque laedendi talione...*”. Esto es, que el talión y, por lo tanto, por simetría el delito nos viene presentado como un acto violento de “*pulsare atque laedere*”.

⁴⁹⁹ Así lo mantiene en *Le testament romain*, extr. de la *Revue general du droit* París 1903. *Nature et antiquité des leges XII tabularum*, en *Atti del Congresso internazionale di scienze storiche*, vol. IX Roma 1904 y especialmente *Note enseignement de droit romain* en Mel. Cornil. Gand-París 1925.

⁵⁰⁰ PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* I, Milano 1941.

⁵⁰¹ CORNIL, *Ancien droit romain* Paris-Bruxelles 1930.

⁵⁰² MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano 1977.

⁵⁰³ VÖLKL *Die Verfolgung der Körperverletzung im fruen römischen Recht*, Wien, Köln 1984.

⁵⁰⁴ WALDE *Lat. Etymol. Wörterbuch* II ed. Heidelberg 1910. Analogamente en ERNOUT et MEILLET *Dictionn. cit.* y TUCKER *A concise etymological diction of latin*, Halle 1931.

⁵⁰⁵ BRÉAL y BAILLY, *Dictionnaire étymologique latin* V, ed París 1902.

del cuerpo humano, dañarla mediante una acción física -en principio- violenta.

A ello deberíamos añadir las palabras de Festo "*rupit in XII significat damnum dedit*" y el lenguaje bastante antiguo de la *lex Aquilia*⁵⁰⁶: "*Si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit iniuria...*" (Ulpiano. D.9, 2, 27, 5). Los *veteres* equiparan "*ruperit*" a "*corruperit*" y Celso nos pone algunos ejemplos de ese ***corruperit***; a su vez, Ulpiano considerando que *rumpere* tiene por objeto el cuerpo humano y refiriéndose muy probablemente a interpretaciones antiguas, dice: "*Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneraverit, vel virgis vel loris vel pugnibus caedit, vel telo quove alio vis genere sciderit hominis corpus, vel tumorem fecerit ...*"⁵⁰⁷. Como queda claro en estos textos la mutilación que se puede ver encubierta en el verbo *scindere*, está puesta junto a muchas otras especies de lesiones, y en primer lugar a la herida asimismo el testimonio de Ulpiano es muy significativo.

Además debe advertirse, como hace PUGLIESE, que en el texto del tercer capítulo de la *lex Aquilia* "*ruperit*" no puede referirse a mutilaciones, ablaciones de miembros, ni a extracciones, sea porque algunos de estos actos no constituyen daños, sea porque en el elenco de los daños a las cosas -siendo vasto y comprensivo- junto a la combustión y a la rotura de la cosa, no podía faltar la mención de su deterioro, aún preferiblemente antes que la noción de arrancar puesto que sólo algunas cosas pueden ser arrancadas y puede entrar en aquélla genérica de rotura.

Se entiende *rumpere* como *corrumpere*, esto es, en el significado de dañar que el término presente en época tardía,

⁵⁰⁶ En torno al siglo III a.C? WATSON fundamenta toda su teoría sobre la relación del *rumpere* y *frangere* de las XII tablas y la *Lex Aquilia*

⁵⁰⁷ D. 9, 2, 27, 10; Coll. 2, 4, 1.

documentado en el Digesto⁵⁰⁸ a propósito del daño aquiliano y acogido también por Gayo.

b) MEMBRUM.- Se sabe que ya en tiempos de Cicerón y en el curso de toda la época clásica el término designaba un *pars corporis*, no específicamente un miembro articulado ni sólo el órgano provisto de una autónoma funcionalidad o autonomía vital: esto es evidente en el texto de Cicerón *Fin* 3,18. En Plauto el término, usado casi exclusivamente en plural, se refiere a cuerpo. Sin embargo, la etimología más probable considera como significado más antiguo del término aquél de parte de cuerpo de ser viviente. Por lo tanto, se debe entender que *membrum* designase la *pars corporis*.

Evidentemente por todo lo dicho, es legítimo dudar de la común interpretación del *membrum ruptum* y se tiene por lo tanto un motivo de más para retener que los decemviros bajo el nombre de *membrum ruptum* viesan una figura delictiva distinta de la mutilación. En efecto, todo el sistema aparece lógicamente compuesto si se entiende por *membri ruptio* cualquier lesión física, que no implica la fractura de un hueso y turba o anula, temporalmente o permanentemente, la normal funcionalidad⁵⁰⁹ de un miembro o de un órgano: ahora, por una parte viene a ponerse el *ossis fractio*, como lesión física que tiene una gravedad uniforme y punible con una pena fija. Por otro lado está la *iniuria*, que comprendería todos aquellos actos de violencia que no producen ni un *ossis fractio* ni una *membri ruptio*; en el medio encontramos el *membri ruptio*, categoría heterogénea, en cuanto que abraza las lesiones físicas distintas de la fractura de un hueso, que son múltiples y de distinta gravedad, donde se explica la ausencia de una pena fija y la conservación del talió, hasta que no aparece concebible una

⁵⁰⁸ D. 9, 2, 27, 13 (Ulp.1.18 *ad ed*)

⁵⁰⁹ DI PAOLA sólo entiende que se recojan las lesiones que determinen la pérdida de un miembro o la funcionalidad de un órgano.

pena pecuniaria, cuya tasa fuese determinada caso por caso por el juez.

Serían consideradas sólo las lesiones externas y manifiestas, con exclusión de aquéllas de las que derivase la muerte. La norma haría referencia específica a las lesiones, comprendidas a través de la denominación del ilícito, lo que impedía que se pudiesen reprimir las acciones abstractamente idóneas para provocarlas. Esto es, a título de *m.ruptio* se reprimía la herida, la fractura de un hueso, la lesión temporal o permanente de un órgano de sentido etc., pero no la acción que producía tales eventos, probablemente relacionada al ejercicio de un *verberatio*. Era un delito de resultado.

Tal norma preexistiría a las XII Tablas⁵¹⁰ pero no podría aceptarse que derivara del *fas* como defiende DI PAOLA⁵¹¹ ni que se extendiese conforme entiende BIRKS y WATSON hasta comprender el daño a los animales y a los esclavos. Si bien se acepta que tutele las lesiones al esclavo en la época de las XII Tablas, no sólo por el particular *status* del esclavo, porque la esclavitud era un fenómeno bastante limitado y el esclavo era considerado un *homo minus habens* para la tutela de las lesiones de las cuales podía adecuadamente servir Tab. 8.2, sino, sobre todo, si se tiene en cuenta que el principio de la composición debía ser ampliamente seguido⁵¹². En cambio, podemos decir que la tab. 8, 2 fuese extraña a la tutela del daño a los animales y a las *res*, pues el talión no es concebible como pena si se aplica sobre animales o cosas puesto que

⁵¹⁰ El carácter innovatorio de la actividad decemviral no debía haber sido relevante por la particular concepción del derecho que a aquellos tiempos no conocía bien determinadas fuentes formales de producción normativa y por el movimiento político de la codificación, se puede fundadamente considerar que el texto de la norma documenta una práctica presumiblemente ya consolidada y no sanciona una reglamentación nueva.

⁵¹¹ No parece concebible la represión de ilícitos como las lesiones corporales como *membrum ruptum* y *os fractum* como violaciones de un orden divino, *nefas* y es justamente criticada una contraposición conceptual y cronológica entre *fas* entendido como norma divina anterior, y *ius* entendida como norma humana. Sobre el *ius* y sus dicotomías véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Conceptos y dicotomías del *ius*, Estudios Homenaje al Prof. Benito Reimundo, Burgos 2000, pp. 247-272

⁵¹² WATSON *Personal injuries in the XII tables* en T.43 (1975).

cuando era dañado un bien, se debía imponer la *aestimatio* de la lesión, con función resarcitoria.

La pena con que se reprimía este *membrum ruptum* es el TALIÓN:

Fest. sv *talionis* (L.496): *Talionis mentionem fieri in XII ait Verrius hoc modo: si membrum rup<s>it, ni cum eo pacit, talio esto*

La norma supone una fase extrajudicial referida en el texto con la locución "*ni cum eo pacit*"⁵¹³, en la que el responsable de la lesión y su víctima (o más probablemente, los respectivos grupos familiares, *gentes*) pueden acordar en orden a la composición. En esta fase queda siempre, en abstracto, al *ruptor* la facultad de refutar la *pactio* y someterse voluntariamente al talión así como al *ruptus* de rechazar la oferta de composición para ejercitar el talión. Por lo tanto, los derechos implícitamente contemplados por la norma son dos: aquél del *ruptus* de ejercitar y aquél del *ruptor* de sufrir el talión.

En el caso de ausencia de *pactio*, la *civitas* interviene sólo para legitimar tal ejercicio del talión, a través de la pronunciación de la *addictio* en los casos notorios e incontrovertidos o dando vida, al contrario, a un proceso de verificación en torno a la existencia del hecho delictivo.

⁵¹³ Sobre los pactos véase ALBURQUERQUE, *En torno a la formulación edictal : Pacta conventa servabo*, Córdoba, 1990, 128 págs.; ALBURQUERQUE, *La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano "pacta sunt servanda" en el derecho europeo actual*, Córdoba, 1995, 253 págs. ALBURQUERQUE, "Historia del pactum antes del Edictum", en Libro Homenaje al Profesor Juan Iglesias, Madrid, 1988, págs. 1107-1120.

La reconstrucción del procedimiento seguido en el ejercicio del talión es meramente conjetural. Precisamente porque se trata de una pena consistente en una venganza limitada y controlada⁵¹⁴ sancionada por la *civitas*, debe necesariamente suponerse la presencia de ésta, que a través de sus órganos, verifica los presupuestos de hecho cuando sean controvertidos y no notorios y controla, junto a los parientes de la víctima del talión, la equilibrada ejecución de éste⁵¹⁵.

En efecto, la expansión territorial y el aumento de la población debieron desde la época antiquísima poner la exigencia de que la lesión fuese realizada a través de una acción judicial. A esta exigencia podía responder la *legis actio in personam* en su más antigua aplicación.

Con esta práctica se pretendería no tanto fomentar el uso generalizado del talión, sino el de la composición, supeditado a la falta de *pactio* y al que previsiblemente tenderían los intereses de las partes, en la medida en que el dañado perseguiría un resarcimiento pecuniario y el ofensor procuraría no sufrir el talión. Por ello, no consideramos arriesgado suponer que ya en la legislación decemviral la pena del talión hubiera caído en desuso, aunque con anterioridad a esta época, es aceptable que fuera la pena propia de las lesiones corporales. Esta circunstancia permite entender que el legislador se dirigiera al *ruptor* (*ni cum eo pacit*) y le atribuyera la carga de elegir la composición. Además explicaría que sancionase el talión como

⁵¹⁴ Fest. Sv. *Talionis* (L.496): *talionis... Neque id quid significet indicat, puto, quia notum est; permittit enim lex parem vindictam*; cfr. Isid etym 5, 27, 24: *talio est similitudo vindictae, ut taliter quis patiatur ut fecit*; Gelio 20, 1, 14-18; 33-39 sobre *aequilibrium*

⁵¹⁵ De estos medios procesales a nosotros conocidos se considera que se aplicase la *m. Iniectio* (Cfr. LUZZATTO, PUGLIESE, SIMON y BIRKS). En esta dirección se podría también pensar que la represión de la *m.ruptio* constituyese uno de los casos en los que se aplicaba la *m.iniectio damnati* (BROGGINI *Iudex arbiterve* Köln-Graz 1957.p.148 ss), cuya existencia por otro lado es fuertemente discutida (por LUZZATTO y PUGLIESE). Todavía la tesis de BROGGINI que entiende en origen la *actio sacramenti in personam* como acción de mera verificación en una *damnatio* que autorizaba la ejecución personal y sólo sucesivamente completase con funciones de condena, es eficazmente utilizable en la reconstrucción de la represión de la *m.ruptio* en el curso de su evolución.

hipótesis extrema dependiente de la voluntad de quien, pudiendo no quiso evitarlo. La composición tendería lógicamente a sostener la demanda en función de la capacidad económica del reo y de la mayor o menor resistencia psicológica que éste demostrase frente al talión⁵¹⁶.

Ya en el momento de la aparición de la tabla 8,2 es factible que la práctica se encaminase hacia esta composición en la que se situaban y atendían los intereses prioritarios del dañado (más proclive a la consecución de un resarcimiento en bienes materiales de la mermada capacidad laboral) y la natural reticencia del *ruptor* a sufrir una *par vindicta*.

Sin embargo, ello no significa que fuese sencillo alcanzar una composición pecuniaria. La principal dificultad consistiría en la elevada cifra que pidiese el dañado, frente a la cual, la *civitas* intervendría para encontrar soluciones mediatas y el recurso, en su caso, a un árbitro. Esto se comprende si se examina el desarrollo de la práctica procesal de la *m.ruptio* en la época postdecemviral, de acuerdo con lo que Cecilio Africano nos indica en Gelio 20,1,37-38⁵¹⁷. En el supuesto de ausencia de composición extrajudicial, el *ruptor*, cuando no quería someterse al talión autorizado por el magistrado, tenía la facultad de solicitar una *aestimatio* al juez que condenaba *ad pecuniam multam*, siendo vinculante incluso para el *ruptus*. Esta evolución muestra que había desaparecido el derecho del *ruptus* de ejercitar el talión y que se tendía a una valoración económica de la lesión sufrida.

La característica más relevante de este procedimiento es la desaparición de la facultad de ejercitar el talión, concedida al *ruptus*

⁵¹⁶ MANFREDINI, *Contributo allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano 1977

⁵¹⁷ Gell.20, 1, 37-38: *...nolo hoc ignores hanc quoque ipsam...talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. Nam si reus, qui depecisci noluerant, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat.*

en la formulación decemviral de la norma, permaneciendo ahora esta pena supeditada a la libre elección del *ruptor*, el cual, a su vez, si lo prefiere puede pedir al juez estimar el valor económico de la lesión.

Todo esto indica que ha cambiado el interés del *ruptus* para cuya tutela en origen la norma había sido concebida. Ha desaparecido con el derecho del *ruptus* para ejercer el talión, también su interés de rendir mal por mal, y tiende ahora a llegar a la más alta valoración de la lesión sufrida.

c) OS FRACTUM tab.8,3

TEXTO DE LA NORMA se deduce de:

Gayo 3, 223 "*poena autem iniuriarum ex lege XII Tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat; propter os vero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat, si libero os fractum esset; at si servo, CL; propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta...*"

Coll. 2, 5, 5: *Legitima ex lege duodecim tabularum: 'qui iniuriaru(m) alteri facit quinque et viginti sestertiorum poenam subit'. Quae lex generalis fuit: fuerunt et speciales, velut illa: 'si os fregit libero, CCC si servo, CL poenam subito sestertiorum'*"⁵¹⁸

Este ilícito recoge el *os fractum*, la fractura de hueso castigada con una pena pecuniaria fija de 300 ases, si es hombre libre, y de 150 ases, si es esclavo. Esta figura es reprimida con anterioridad a

⁵¹⁸ Así en FIRA III, p.550.

las XII Tablas conforme a lo que nos relata Catón en PRISC. *Gramm.*VI, 264 K:

Prisc. *Gramm.*VI, 264 K: *Cato tamen os protulit
in III originum: si quis membrum rupit aut os
fregit , talione proximus cognatus ulciscitur.*

Fuera de dudas se nos documenta una pena fija de 300 y 150 ases prevista para la fractura de un hueso, la cual no es originaria sino que es precedida por el talión y este talión es previsiblemente desconocido por las XII Tablas ya que las palabras de Catón se refieren a la ley de los decemviro. Por tanto debe deducirse que al principio la *os fractio* al igual que el *membrum ruptum* era penada con el talión con el arbitrio representado por la *pactio*.

Empero, con la publicación de las XII Tablas se atribuye a esta figura una pena pecuniaria fija de 300/150 ases. Esta atribución de una pena pecuniaria fija ha dado muchos motivos para interpretar a la doctrina.

En primer lugar se ha planteado el porqué de ese cambio del talión en caso de no composición extrajudicial (*ni cum eo pacit*) a una pena pecuniaria fija. A ello se ha argumentado⁵¹⁹ que el hecho de ser una lesión de menor gravedad respecto al *membrum ruptum* habría justificado que se determinase una pena de menor gravedad al talión. Esto ya se ha rebatido en ocasiones anteriores, el talión ciertamente es una pena más antigua que la pecuniaria, pero, no se debe necesariamente suponer que el paso de una pena a la otra se haya realizado antes en los delitos más leves o que la mayor gravedad de los delitos haya determinado una prolongación del uso del talión.

⁵¹⁹ HUVELIN, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain* en Mel, Appleton, Lyon-Paris 1903

En segundo lugar se ha planteado que la atribución al *os fractum* de una pena pecuniaria establecida en ases debía hacer fechar a la norma tab.8,3 con posterioridad a las XII Tablas, entendiendo que esta moneda, el *as*, aparecía en torno al 338 a.C. La norma de la tab. 8,3 debía ser emanada a lo largo del siglo IV y III a.C, no sólo por la referencia al *as*, sino porque el hecho de establecerse la precisión de penas fijas con función resarcitoria sólo podía ser concebido en presencia de una moneda de curso legal capaz de traducir el valor de cualquier bien económico. El régimen de la *pactio* privada (tablas 8,2; 3,5 y 1,6-7) asignaba plena autonomía a las partes sobre la decisión de la calidad y cantidad del bien económico que sirviese de resarcimiento. Los bienes pactados representaban una utilidad directa para el sujeto herido o al menos se presumía que así lo era. Además el acuerdo privado debía necesariamente tener en consideración la disponibilidad patrimonial del reo. Por ello, se ha considerado que parece bastante improbable que, sobre el fondo de las precarias condiciones económicas en las que estaba Roma en el siglo V a. C y siendo los bienes más preciados (ganado y *aes*) poco difundidos y en pocas manos, la *civitas* haya sustraído a la víctima la libertad de decidir qué bien le fuese más útil económicamente.

Sin embargo, estas consideraciones se han basado en una interpretación de las condiciones económicas de la época decaimperial en la que no se recoge una moneda de curso legal, pero como se ha argumentado anteriormente en la crítica a la tesis de MANFREDINI, la evolución que FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁵²⁰ considera respecto a la moneda había sido en Lidia donde en un primer momento los metales preciosos que funcionan como dinero cobran en el siglo VII a.C la forma de la moneda lenticular, extendiéndose rápidamente por

⁵²⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *El precio como elemento comercial en la compraventa romana*, Reus, Madrid 1993, p.31 ss.

todo el mundo griego e itálico. En la visita de los *decemviri legibus scribundis* a Grecia hacia los años 450-451 a.C para informarse de las leyes de Solón y habiendo éste establecido definitivamente en aquella época el monedaje en Atenas, habrían seguramente los decemviro a su vuelta intentado hacer lo mismo acuñándose la primera moneda en Roma, el as. Así se entiende que debe fecharse la aparición del as en las XII Tablas, siendo por tanto, en este momento cuando la pesada de as deviene ficticia. La cantidad en número como cantidad pecuniaria se menciona aparte de la ficción de la pesada del bronce. Queda relegado el peso del metal y cabe admitir que o bien se usaba con anterioridad o bien las XII Tablas consagraron la introducción del dinero amonedado. El hecho de la sustitución de la antigua pesada por la *nuncupatio* a partir de las XII Tablas es un claro signo de la introducción de la moneda, ya que la expresión *nuncupata pecunia* se utiliza en las fuentes en el sentido de dinero amonedado. Fue entonces cuando se sustituyó legalmente el uso del dinero en lingotes acuñados como cantidad de monedas expresadas en números, por lo que puede considerarse la relegación de la importancia de la antigua pesada a partir de las XII Tablas como un síntoma de la introducción de la moneda, *pecunia numerata*⁵²¹.

Ello nos lleva a entender que la emanación del *os fractum* como figura separada del *membrum ruptum*, ya se produjo en la época de las XII Tablas y que con independencia de ésta, el *os fractum* comprende una acción que, si bien se refiere a un típico caso de *m. ruptio*, es considerada autónomamente porque, para ésta es prevista la pena pecuniaria resarcitoria. Es una lesión física que tiene una gravedad uniforme y punible con una pena fija. Sin aceptar la teoría de que tal precepto decenviral fuese una interpretación pontifical de la norma del *membrum ruptum* en la que se estableciese una

⁵²¹ FERNANDEZ DE BUJÁN, *El precio como elemento comercial*, cit. p.34-35.

valoración sobre el daño como modelo para la composición extrajudicial (*pactio*) o para la *aestimatio lite* que en la evolución del talión menciona Gell.20, 1, 37-38: *...nolo hoc ignores hanc quoque ipsam...talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. Nam si reus, qui depecisci noluerant, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat.*

Además una pena fija que no implica entender una indeterminación en la denominación del *os frangere*, es evidente que no existe indeterminación de la fractura de hueso, y que no debe valorarse como una expresión amplia y no rigurosa por no hacer distinción entre, por ejemplo, la fractura del dedo del pie y la fractura del fémur. Esta carencia de proporcionalidad no califica el supuesto de indeterminación sino que hace que en ocasiones se produzcan situaciones de “injusticia” pero que vienen determinadas por el hecho de penar una lesión física con una pena pecuniaria fija. Por ello, fueron pocas las penas pecuniarias fijas y tuvieron muy corta vigencia. Se ha entendido que las penas fijas hubiesen sido asumidas en el mundo romano por influencia de las penas fijas de la legislación de Solón respecto a las injurias verbales. La pena pecuniaria fija adolece de los problemas que puedan surgir respecto a sus elementos: el hecho de ser pecuniaria la condiciona al peligro de la devaluación de la moneda, y el hecho de ser fija a la rigidez y susceptible desproporción, desequilibrio por la falta de valoración de las circunstancias que condicionan el supuesto ilícito, sobre todo, en los casos de lesiones personales.

Por último no entendemos que deba aceptarse la interpretación del *os fractum* en el sentido restrictivo que lo han hecho autores

como WATSON⁵²² con el texto de Coll. 2,5,5 en la interpretación de LACHMANN: *si manu fustive os fregit...*, esto es, la tab.8,3 habría recogido sólo las fracturas derivadas de los golpes específicos, realizados con la mano o con bastón para no interpretar de manera pleonástica la tab.8,3 respecto a la tab.8,2; todas las fracturas provocadas de otro modo habrían entrado en el ámbito de la *m.ruptio*. O de VÖLKEL⁵²³ según el cual la norma que debe acogerse es la palingenesia propuesta por LACHMAN y acogida por BRUNS quienes modifican *manifesto(us)*, de los manuscritos de Vercelli y de Viena de la *Collatio*, en *manu fusti(ve)os* y, de este modo, contemplaría en efecto los ataques agresivos espontáneos, no fríamente premeditados, y usuales en una sociedad campesina que recurriría fácilmente a las manos y al bastón.

Este *os fractum* penado con 300/150 ases reprimía toda fractura de hueso hecha tanto libre como a esclavo. Con posterioridad, el *os fractum* de un esclavo sería incluido en las lesiones comprendidas en la *Lex Aquilia* y la fractura de un hueso a un libre con la devaluación del as y la rigidez de la pena fija sería regulada junto con el resto de lesiones personales bajo el régimen de la pena *aestimatoria* quizá establecida por el llamado *generale edictum aestimandis iniuriis*.

d) INIURIA, tab.8,4

Habiendo delimitado el ámbito de las lesiones personales de tabb. 8,2 y 8,3 *membrum ruptum* y *os fractum* que recogen toda lesión física, por exclusión se precisará el contenido de la *iniuria*, lo que hemos denominado ofensa física que se encontraba delimitada en el ámbito de las relaciones personales, que deriva de un acto

⁵²² WATSON, *Personal injuries in the XII tables* en T.43 (1975)

⁵²³ VÖLKL *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht*, Wien, Köln 1984.

violento físico que no produce lesión (ni *membrum ruptum* ni *os fractum*), acto ilícito, no conforme al *ius*, pero caracterizado no por la violencia sino por la antijuridicidad.

Para ello acudiremos a algunos indicios que puedan posibilitar una reconstrucción del contenido de la tabla.8,4 a la que hemos dado esta redacción: *Si iniuria alteri faxsit, viginti quinque aeris poenae sunt*. Para determinar ese *facere iniuria*, ese hacer o actuar injustamente o cometer injusticia contra otro:

1) Un primer indicio se encuentra en la conocida anécdota que según Aulo Gelio (20, 1, 13) habría sido referida por Labeón: el caballero romano Veracio tenía gusto por abofetear al prójimo y para evitar los procesos que le habrían derivado solía pasear seguido de un esclavo cargado con una bandeja llena de monedas, por lo que traía más a mano los 25 ases con los que se pagaba como pena a los abofeteados. El valor histórico de la anécdota será discutible, pero no se puede negar que éste ilumina el contenido originario de la *iniuria*.

Gelio. 20, 1, 12-13: *Quod vero dixi videri quaedam esse inpendio molliora, nonne tibi quoque videtur nimis esse dilutum, quod ita de iniuria poenienda scriptum est: si iniuria(m) alteri faxsit, viginti quinque aeris poenae sunt. Quis enim erit tam inops, quem ad iniuriae faciendae libidine viginti quinque asses deterreant? Itaque cum eam legem Labeo quoque vester in libris, quos ad duodecim tabulas conscripsit, non probaret: '***' inquit 'L. Veratius fuit egregie homo improbus atque inmani vecordia. Is pro delectamento abebat os hominis liberi manus suae palma verberare. Eum servus sequebatur ferens crumenam plenam assium; ut quemque depalmaverat, numerari statim secundum duodecim tabulas quinque et viginti asses iubebat.*

Sobre el valor de este texto se han planteado diversas opiniones contrastadas:

- 1.- se entiende que el testimonio no está lejos de la realidad de la devaluación del *as* libral producida a finales del s. III a.C.⁵²⁴.
- 2.- al contrario se entendería que no es una verdadera narración sino una parábola inventada por Labeón⁵²⁵.
- 3.- recoge un hecho verdadero pero acontecido en el desarrollo del siglo II a.C. y está unido a un evento jurídico distinto al documentado por Labeón-Gelio⁵²⁶.
- 4.- la opinión común es que el relato de Gelio sea realmente una versión auténtica de aquél presente en los libros *ad XII tabulas* de Labeón.

Podemos entender que no es una cita textual de Labeón y que no existen razones para dudar de la historicidad del diálogo entre Favorino y Africano desarrollado en presencia de Gelio. No obstante, aunque se pueda dudar de que lo referido por Favorino sea o no totalmente conforme a la versión de Labeón, entendemos que el texto tiene pleno valor documental para determinar el contenido de la tab.8, 4.

El texto nos muestra un ejemplo –real o no- del envejecimiento de la norma y destinado a los *auditores* de los juristas: la norma tomada como modelo es aquélla que penaba los golpes con 25 ases, precipitadamente anacrónica ahora que el *as* fue devaluado. El ejemplo de Veracio debe haberse dado en época no muy tardía aquélla de la reducción de la onza del *as* libral, producida según la tradición en el 217 a.C, quizá en torno a finales del siglo III.

⁵²⁴ Esta versión es defendida por WATSON, *The development of the praetor's edict*, en JRS 60, 1970, por la existencia en el texto de algunos arcaísmos que harían fecharla en ese momento.

⁵²⁵ BRETON *Ricerche labeoniane. Iniuria e ubris* en RFIC 103 (1975) p.426.

⁵²⁶ BIRKS *Lucius Verantius and the lex Aebutia* en Daube Noster. Este autor considera que este episodio no debe interpretarse como un acontecimiento desencadenante de la emanación del *edictum de iniuriis aestimandis* sino que habría provocado la emanación de la *l. Aebutia*.

Siguiendo lo referido en el texto, se puede notar en principio que la acción que se define es *os palma verberare*, además esa acción debe ser realizada *pro delectamento* con una motivación socialmente reprobable, es decir que la acción de *verberare* sólo era penada si se realizaba *iniuria*. De esta manera volviendo al texto de la norma que Favorino cita de memoria en estos términos: *si iniuria alteri faxsit viginti quinque aeris poenae sunt*, donde se utiliza un sentido adverbial de *iniuria* junto con el verbo *facere*, podemos entender que ese *facere* tiene las connotaciones de un acto violento, de atentado a la persona física como *verberare*, pero con la característica ineludible de la *iniuria*, ilicitud o antijuridicidad que convierte esta acción física en una **ofensa física**. No se pena tanto la agresión física como la ofensa o agravio que ésta provoca por la connotación moral de la acción realizada *non iure*.

2) Un segundo indicio está formado por las palabras con las que Gayo inicia la exposición de este delito: "*Iniuria autem committitur non solum cum quis pugno puta aut fuste percussus vel etiam verberatus erit, sed etiam si cui convicium factum fuerit...*"⁵²⁷.

El jurista contrapone aquí una concepción más antigua y restringida a una concepción más amplia y reciente, y según la más antigua el delito comprendía sólo los atentados a la persona física. Si hemos determinado los atentados a la persona física que producen lesiones físicas, *membrum ruptum* y *os fractum*, y siendo la enumeración de Gayo completa, sólo quedan por incluir dentro de la *iniuria* los ataques físicos que no produzcan lesiones, la ofensa antijurídica causada a la persona, ofensas causadas a un tercero en

⁵²⁷ Gayo.3, 220.

su cuerpo. No incluiríamos, por lo tanto, dentro del concepto de *iniuria* la herida como algunos autores pretenden⁵²⁸.

3) Un tercer indicio se deriva del hecho de que *membrum ruptum* y *os fractum* fueron absorbidos en la noción de *iniuria* ya en época antigua; esto se produce porque en ellos se encontraba un elemento común y éste no podía consistir sino en la violencia contra la persona, que en un caso daba lugar a lesiones cualificadas, en el otro era valorada por sí misma independientemente de los efectos lesivos. Es evidente que en la regulación de las lesiones se incluya una represión no sólo para los resultados que la violencia provoca compensando las lesiones, sino que también se repriman las conductas que siendo violentas no provoquen lesiones pero violen una moral, un orden público y jurídicamente sean reprobables.

4) Por último se puede quizá encontrar algún indicio en los textos de las comedias de Plauto y Terencio, donde el término *iniuria* no recoge el sentido genérico sino que tiene un valor técnico y restringido y se refiere a los actos de violencia contra la persona: textos de Plauto: *Bacch.* 59; 443; *Cist.* 180-181; *Epid.* 715; *Men.* 471; 9 *Merc.* 979; 991; *Most.* 899; *Rud.* 414; 626; 643; 669; 1050; *Stich* 16; *Truc.* 168; y los siguientes textos de Terencio: *Adelph.* 162; 166; *Eun.* 762; *Phorm.* 329; 983-984. Se consideran testimonios del uso de *iniuria* en el sentido específico de *pulsatio* o *verberatio* con daño a la persona; o bien de *stuprum*. Se trata de Plaut., *Bacch* 443; *Cist.* 180-181; *Most.* 888-896; *Rud.* 414 y Ter. *Adelph* 162; *Phorm.* 983-984. Plaut. *Aul.* 643; 794; Ter. *Hec* 401.

Se comprenderían aquellos ataques a la persona que no provocaban daños al cuerpo, los actos violentos injustos dirigidos contra una persona libre. Concretamente una persona libre porque

⁵²⁸ DI PAOLA, BINDING *Rechtsvergleichende Vermutungen zu membrum ruptum os fractum und iniuria der Lex XII tabularum* en ZSS 40 (1919) p.106 ss.; WITTMANN *Die Korperverletzung*, cit, p.9 ss.

sólo los ciudadanos son susceptibles de ofensa aunque sea físicamente. Se encuentra bajo la noción de *iniuria* una valoración moral que será el germen de la posterior utilización del término para comprender las ofensas a la personalidad tanto físicas como morales. En esta primer época decemviral sólo se regula una ofensa física, un ilícito en el que se reprime la ofensa injusta antes que la lesión que tiene mayor preponderancia en los ilícitos de las lesiones propiamente dichas, *membrum ruptum* y *os fractum*.

Por ello no se incluyen en este ilícito sólo los golpes, a diferencia de algunas prescripciones griegas, con aquellas de las *Dikaionomata*, que disponen sólo en relación con las πληγαι (golpes), la norma decemviral no contempla probablemente sólo los golpes en sentido propio, el hecho de “ponerle uno la mano encima a otro”⁵²⁹. En verdad es indiferente el medio con el que se golpea: manos, pies, bastones, látigo, varas y similares; y por eso es posible afirmar que con posterioridad se reagrupen bajo la noción de *iniuria* casi todos los atentados a la persona física distintos de las figuras específicas del homicidio, *ossis fractio*, *membri ruptio*, sin recurrir a la circunstancia de que revistan o no la forma de golpes, es la clásica noción de *iniuria in corpus*.

Por último, para terminar de delimitar el contenido de la *iniuria* de las XII Tablas, habrá que establecer los límites externos con otros ilícitos que por su antijuridicidad o violencia podrían haber sido regulados dentro de la *iniuria*, pero que fueron excluidos al determinarse otras categorías concretas para estos actos:

Para la privación de libertad, la idea de que fuese penada como *iniuria*, antes de que se perfilase el delito de *plagium*, puede entenderse posible; pero faltan pruebas seguras. Al respecto se debe

⁵²⁹ MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*. Leipzig 1899, p.784 ss

notar que aquellas adoptadas por HUVELIN no son concluyentes. Los textos del siglo VI a.C, a los que acude y que son de Plauto y Terencio, no prueban en absoluto que *iniuria* designase el rapto violento de una persona *sui iuris* o *alieni iuris*. Estos contienen el significado genérico de *iniuria* y no designan el acto material de violencia contra una persona sino la injusticia cometida, el tuerto sufrido, la ofensa. HUVELIN tampoco da mucha importancia a estos textos, se apoya sobre todo en el texto de Ulpiano D.47,10,11,9 que concede la *actio iniuriarum* a aquél “*qui servus dicitur seque adserit in libertatem*”, pero el valor de las palabras del jurista clásico no es suficiente a los efectos aquí considerados.

HUVELIN habla de supervivencia de la antigua extensión del concepto de *iniuria* a los casos de privación de libertad hasta que surge este texto, pero no es muy probable que se trate de una extensión realizada en el largo periodo que va desde las XII Tablas a la edad de los Severos. También Ulpiano consideraba el supuesto puramente bajo el perfil del concepto general de *iniuria* y no sólo bajo aquél del edicto “*ne quid infamandi causa fiat*”, que sería aplicable.

Por otro lado, la figura delictiva tomada a examen por Ulpiano es del todo distinta de aquélla conjeturada por HUVELIN: allí se trata de un atentado a la personalidad jurídica de un individuo, análogo a otros atentados penados bajo el perfil de la *iniuria*, HUVELIN imagina en cambio sólo un caso de constricción física y, aun las interferencias que se puedan encontrar en la práctica entre las dos hipótesis, la diferencia jurídica es clara y por ello se debe excluir una confusión de las mismas.

Tampoco respecto al estupro existen pruebas textuales. Los dos textos de Plauto adoptados por HUVELIN (*Aulul.*792; *Cistell.* 177) no dicen nada que ya no pudiese presuponerse: en el inmenso número

de ilícitos, a los que conviene el nombre de *iniuria* en sentido genérico, puede estar también el estupro, pero no se puede deducir que éste constituya un supuesto del delito de *iniuria*. El término *iniuria* se encuentra en numerosos textos literarios más tardíos en referencia al estupro, pero en ninguno de éstos es usado en sentido técnico, para indicar un específico delito⁵³⁰. La misma indeterminación de significado tiene injuria en el lenguaje moderno, sin que el estupro deba, por eso, confundirse con el delito de injuria.

Sobre el testimonio de Paulo (Sent. 5, 4, 1; eod.4), no se ve el valor que pueda tener. No sólo el jurista Paulo que se aduce como testigo del derecho de las XII Tablas no pretende en absoluto serlo, sino que el fragmento, al menos cuanto refiere al estupro, no ha salido de sus manos sino muy probablemente del compilador postclásico⁵³¹, quien antes que considerar la aplicación de la *actio iniuriarum*, se refiere a la represión pública realizada mediante la *cognitio extra ordinem*. Estamos frente a una figura desarrollada sobre un terreno que no es aquél de la *iniuria* privada; el nombre de *iniuria* con el cual viene indicada muestra que se trata de una derivación del delito clásico de *iniuria* o también de una nueva fisonomía, que éste asume en el derecho imperial surgido de la *cognitio extra ordinem*, pero de todos modos ésta no aporta elementos para recomponer las líneas de la *iniuria* en el sistema de las XII Tablas.

⁵³⁰ CIC, de har.resp. 38 "... iniuria tui stupri inlata". Pro Caelio 71; de re p. 2,46 "... cum maior eius filius Lucretiae ... vim attulisset mulierque pudens et nobilis ob illam iniuriam sese ipsa morte multavisset...". LIV. 38,24,4; eod. 10 "et iniuriam corporis et ultionem violatae per vim pudicitiae confessa viro est". SEN contr. 1, 5, 1 "quem una nocte unius virginis iniuria non satiaverat"; contr., 1,5,3; VAL. MAX. 6, 1 ext. 2; 6,1,1-2; SEN. De ben. 6,4,1.

⁵³¹ En efecto el mismo Paulo queriendo exponer una visión sintética de las clases de *iniuria*, no habla en absoluto del estupro (Coll.2,5,4). BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Nápoles 1937 considera todavía el fragmento de las Sentencias ciertamente clásico o de pensamiento clásico. PUGLIESE considera que el párrafo 1 es una elaboración postclásica.

Por último, respecto al **carmen famosum**⁵³² mencionado en Sentencias de Paulo 5 ,4, 6 (*Lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis*), ya hemos mencionado que toda la doctrina lo excluye de la noción de *iniuria* en las XII Tablas. El *carmen famosum* podía constituir la tercera *especiae* de *iniuria* cualificada si atendiésemos al tenor de este texto, pero frente a esta posibilidad, la doctrina ahora está orientada hacia la asignación a tal figura delictuosa de otra categoría, conforme a su estructura originaria, que esencialmente se encuentre recogida en la tendencia que considera tales *carmina* incluidos en los *mali carmina*.

El fragmento de Paulo es el único que habla de la inclusión del *carmen famosum* en el precepto decemviral referido a la *iniuria*, y según la opinión de BRASIELLO⁵³³, “con evidente error”, en dicho fragmento se hace remontar tal figura a las XII Tablas (*iniuriam actio introducta est lege XII tabularum de famosis carminibus*) ya que en las XII Tablas sólo se ocupaban de la represión de ritos mágicos.

El término *iniuria*, como ya hemos mencionado, designa la injusticia en sentido abstracto, y en un sentido más estricto el acto de merma económica, física o moral a una persona contrario a derecho, a la injusticia ideal o a la equidad.

Esta consideración de delito con unos contornos tan imprecisos llevó a que algunos escritores posteriores avecinasen el *carmen famosum* a la *iniuria* (CIC de Rep.IV 10 ,12 en AUG, de civ Dei II ,9; SEN Contr, exc V,6 ; ARNOB, adv gentes IV 34; CORNUT ad ,Pers sat I 137; Paul Sent V,4,6 ; eod. 15-16). De hecho, admitiendo que este delito tuviese el carácter atribuido por dichos autores que ya hemos

⁵³² PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, I, Milano 1941 p.20 ss; MANFREDINI, *La iniuria nelle XII Tavole.Intestabilis ex lege (Cornelia de iniuriis?)* Derecho romano de Obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Gener. Madrid 1994 pp 799-809; MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano età Republican* Milano 1979; ALBANESE .B, *Una congettura sul significato di “iniuria” in Tab 8 .4*, IURA vol XXXI; RONCONI .A . *Malum carmen e malus poeta* en Synteleia V Arangio Ruiz 2. Napoli 1964 ;

⁵³³ BRASIELLO, *Carmen famosum y carmen malum* NNDD pag 958.

criticado, nadie podría pretender que ya las XII Tablas lo considerasen una especie de *iniuria*.

La alternativa es clara: o era uno de los actos a los que alude la Tabla 8,4 con las palabras *si iniuriam alteri faxsit*, pero esto está excluido ya que la pena no es la misma -condena capital no 25 ases-, o se trataba de un delito distinto.

La misma presencia de una finalidad difamatoria en los *carmina famosi* no tendría fuerza suficiente para demostrar una afinidad entre tal *carmen* y la *iniuria* -excluido siempre que el primero fuese una forma agravada del segundo como ya se manifestó anteriormente- , ya que la *iniuria* consistiría esencialmente en un acto físico, que si pudo haber reflejado daño moral para la víctima en su condición de ofensa física no se resuelve nunca en difamación.

El *carmen famosum* no sería recogido en las XII Tablas como *iniuria* sino que debería interpretarse dependiendo de la tendencia que se elija de la doctrina romanista:

Por todo ello habría que decir que en la época arcaica de las XII Tablas, a pesar de la incertidumbre, disparidad e inconexión de las noticias que las fuentes jurídicas y literarias nos ofrecen, se puede delimitar un supuesto ilícito con la denominación genérica *iniuria*. Un ilícito recogido sólo en la tab. 8,4, independiente de los dos supuestos anteriores, tab.8, 2 *membrum ruptum* y tabla 8,3 *os fractum*, que recogen el conjunto de las lesiones personales. Son delitos diferenciados tanto por las penas, los sujetos y la denominación, si bien mantienen un sustrato común, aquél que les lleva con posterioridad a fusionarse en época postdecemviral.

La *iniuria o facere iniuria*, de la tab.8, 4, delimita, bajo el concepto genérico de acto contra *ius*, de atentado a la persona física como *verberare*, pero con la característica ineludible de la *iniuria*, ilicitud o antijuridicidad que convierte esta acción física en una **ofensa física**. No se pena tanto la agresión física como la ofensa o agravio que ésta provoca por la connotación moral de la acción realizada *contra ius*.

La aplicación del término genérico *iniuria* al ámbito de los delitos de lesiones atribuye una connotación moral y de la valoración subjetiva, y de reprobación de la sociedad frente a la violencia independientemente de su resultado. Se pena con 25 ases la ofensa física que no provoca lesión y que puede ser realizada por un acto violento injusto con independencia de la forma en que sea ejecutado (golpe, mano, bastón...). No obstante este concepto genérico, y en ocasiones indeterminado, es limitado por exclusión de otros ilícitos. Así todo aquello que no es *membrum ruptum*, que no es *os fractum*, que no es homicidio, que no es *carmen famosum*, ni un ilícito de privación de libertad, ni *estupro*, pero que supone un acto violento, ilícito entre ciudadanos libres, es comprendido bajo la noción de *iniuria o facere iniuria*, en época de las XII Tablas.

Un concepto de *iniuria* que en época postdecemviral incluirá el *membrum ruptum* y el *os fractum* hasta llegar a configurarse una noción de *iniuria in corpus* que comprenderá la ofensa física genérica a la que se atribuye una pena económica estimatoria y que en época clásica atribuirá al concepto técnico-jurídico de *iniuria-contumelia*, el ámbito de ofensa física junto al ámbito de ofensa moral que representa la *contumelia*.

CAPÍTULO II: DIFAMACIÓN ESCRITA REFORMA PRETORIA

Si bien en el capítulo anterior hemos llegado a la conclusión de que la difamación escrita no fue recogida en ninguna de las normas decemvirales -no fue castigada como *malum carmen* (tab.8.1a), puesto que esta norma sólo se refería a fórmulas mágicas; no fue tampoco integrada en la tabla 8.1 b) donde tradicionalmente se recoge la locución referida por S. Agustín como propia de Cicerón *occentare sive carmen condere quod infamiam faceret flagitiumve alteri*; ni tampoco puede considerarse incluida dentro de la noción decemviral de *iniuria* (tab.8.4) tal y como minuciosamente hemos tratado, puesto que esta noción está reservada a la ofensa física de la persona, al delito civil restringido al ámbito de las lesiones- será precisamente en el desarrollo que de esta noción amplia y genérica de la “*iniuria*” que haga el pretor donde encuentre el medio ordinario de represión los escritos difamatorios.

Esta noción de *iniuria* como delito privado específico va a desarrollarse de manera que partiendo de la rudeza y materialismo primitivos recogidos en la ley de las Doce Tablas -ya expuestos-, a través de una progresiva labor reformadora del pretor e interpretativa de jurisprudencia se llegará a una espiritualización del ilícito⁵³⁴, a una desmaterialización del mismo que terminará en un concepto de *iniuria*⁵³⁵ comprensivo tanto de las ofensas físicas como morales dentro de las cuales tiene su lugar de difamación escrita.

⁵³⁴ BRAVO BOSCH, *La injuria verbal colectiva*, cit. p.30

⁵³⁵ Concepto de “*iniuria*” que manifiesta Labeón en D. 47, 10,1 pr. Ulpianus 56 ad ed.

Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. hoc generaliter. specialiter autem iniuria dicitur contumelia. interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege aquilia dicere solemus: interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum

1. ASPECTOS GENERALES DE LA INTERVENCIÓN PRETORIA EN LA *ACTIO INIURIARUM*

La labor reformadora del pretor, ayudada por la jurisprudencia, actuó en dos direcciones: por un lado, ensanchando el concepto de iniuria para incluir toda lesión corporal o moral que tratase de minorar la estima de alguien⁵³⁶ causada de una persona a otra; y por otro lado, evaluando la pena pecuniaria en *quantum aequum et bonum videbitur*, de modo que la pena se adecua a la entidad de la ofensa, conforme a la estimación de la misma hecha por el actor –en caso de *iniuria* ordinaria- o por el magistrado –en los supuestos de *iniuria* más graves-, quedando a salvo la potestad del juez de emitir una condena *ex bono et aequo* adecuada a la justicia del caso concreto⁵³⁷.

La importante labor del pretor fue precisamente la creación de acciones pretorias que van a reemplazar a las arcaicas, excesivamente rígidas, y en algunos casos caídas en desuso del *ius civile*. Estas acciones fueron creadas con fórmula aestimatoria para tipificar con conductas delictivas referidas a lesiones morales, si bien en principio el pretor no las va a considerar propiamente *iniuriae*⁵³⁸, sino que será más tarde la jurisprudencia la que generalice el concepto de *iniuriae* para integrar todos estos supuestos.

El desarrollo de la *iniuria* postdecemvial hasta la *Lex Aebutia* (a.130 a.C. Gell 16.10.8 y Gayo 4, 30) lleva a la ineficacia del talión por obra de la costumbre y la imposición de una pena pecuniaria

quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam, contumeliam autem a contemnendo.

1. Iniuriam autem fieri labeo ait aut re aut verbis: re, quotiens manus inferuntur: verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit.

⁵³⁶ FERNANDEZ PRIETO, *La difamación*, cit.p. 65.

⁵³⁷ FERNANDEZ PRIETO, *La difamación*, cit.p. 65., RODRIGUEZ DÍAZ, *A propósito de la actio iniuriarum* cit. p. 357.

⁵³⁸ FERNANDEZ PRIETO, *La difamación*, cit.p 66; SANTA CRUZ TEIJEIRO Y D'ORS, "A propósito de los edictos especiales de iniuriis" cit. p. 653

determinada caso por caso por el juez⁵³⁹. De igual modo se configuró un concepto amplio de *iniuria* donde se comprenderían todos los delitos contra la persona física excepto el homicidio y las lesiones morales, al que se extendió la aplicación de la pena variable determinada por el juez. Y finalmente se concedió una *actio* testimoniada por Gellio 20,1,13 para fijar una *aestimatio poenae* a través de un *iudicium recuperatorium* ejercitable en todo supuesto de *iniuria*⁵⁴⁰.

Esta evolución se llevará a cabo a través de la intervención pretoria mediante la emanación de edictos que según WATSON⁵⁴¹ comienzan a surgir a finales del siglo III a. C. Durante la primera centuria, los edictos sirven al pretor para modificar las sanciones de la ley de las XII Tablas y probablemente también para las leyes de procedimiento, de manera que sólo indirectamente afectarán al derecho sustantivo. En la última década del siglo II a.C. los edictos del derecho pretorio comenzarán a modificar profundamente el *ius civile* aunque con la limitación de restringir los derechos del demandante en una acción civil y sólo a partir del 100 a.C se promulgarán edictos individuales que conceden acciones de derecho sustantivo totalmente nuevas, dentro de los cuales especial relevancia tendrán los referidos a la *iniuria*.

Partimos pues del primer edicto en materia de *iniuria* que según el orden edictal reconstruido por LENEL, fue el llamado *edictum generalis de iniuriis aestimandis* en el que conforme a la opinión general de la doctrina es el edicto en el que se subsumen todos los ataques físicos⁵⁴² inferidos al demandante o a personas libres en su

⁵³⁹ PUGLIESE, *Studi*, cit.p 81 ss

⁵⁴⁰ GELL, 20,1,13: *praetores ...iniuria aestimandis recuperatorie se dataros edixerunt...*

⁵⁴¹ WATSON, *The Develop* cit. p. 106 ss

⁵⁴² DAUBE, *Nocere and noxa*, en *The Cambridge Law Journal*, 7, 1939 p. 23 y ss; PLESCIA, *The Development* cit. p. 280; en contra WATSON, *The Law* cit. p. 249 ss y MANFREDINI, *Contributi* cit. p. 12.

potestas o *manus*. Paralelamente se fue sancionado por medio de otros edictos particulares, llamados especiales –*edicto de convicium*, *de adtemptata pudicitia* y *ne quid infamandi causa fiat*– distintos supuestos lesivos al honor de las personas. Finalmente y según las fuentes, la jurisprudencia extendió el primer edicto a todos los casos de *iniuriae*, denominándose así *edictum generale*, aunque dicha extensión se ampliamente debatida por la doctrina puesto que hasta el *Edictum perpetuum* se siguen manteniendo la presencia de tales edictos especiales.

Así según MANFREDINI se distinguen dos momentos fundamentales en el desarrollo de la *actio iniuriarum* respecto a la intervención pretoria: una fase inicial que se caracteriza por la emanación de una serie de edictos que tipifican figuras especiales de ofensas personales, pero que ninguno de ellos promete una acción típica sino que en todos los casos la fórmula concedida en la promesa edictal es la *actio iniuriarum*; y una segunda fase que ya en el régimen clásico de la *iniuria* –caracterizada por la sucesiva aplicación de la acción a todo hecho realizado “*iniuriandi causa*”– en el que el pretor de relevancia jurídica a la noción técnica de *iniuria* elaboradas por la especulación de los *prudentes* en el sentido de *contumelia*⁵⁴³ produciéndose así la “espiritualización” del concepto de *iniuria*.

La *iniuria* es una figura que evidencia claramente la relatividad de los institutos jurídicos en el tiempo, en el sentido de que no se puede valorar en abstracto la adecuación de la norma, sino que debe ser ésta referida a las diferentes realidades sociales a las que va siendo aplicada. A este respecto Gayo 3,223, nos informa de que la pena de 25 ases con la que se condenaba originariamente la *iniuria* respondía a las exigencias de las condiciones económicas de la época decemviral; además la norma se había ya manifestado pronto

⁵⁴³ MANFREDINI, *Contributi* cit. p. 183 y ss.

insuficiente, en concreto a partir de finales del siglo III a.C y sobre todo al final de la segunda guerra púnica y como afirma el propio Gayo 3, 224 *nunc alio iure utimur*, fue modificada por el pretor. Los testimonios de Gayo son confirmados por Gelio en el conocido fragmento 20,1 que ya hemos analizado en el ámbito de la *iniuria* en las XII Tablas donde se narra el conocido episodio de Veracio que puso de manifiesto la ineficacia de las penas fijas establecidas y que impulsó a los pretores a intervenir fijando una acción para pedir una estimación pecuniaria por la *iniuria* sufrida.

Esta acción fue concedida por el pretor en un “probable”⁵⁴⁴ *edictum generale*⁵⁴⁵ y constituye un paso decisivo en la historia del delito. Se discute en la doctrina si este edicto fue promulgado para reemplazar como parece deducirse del texto de Gelio (20,1,13) la disposición de la tab. 8.4, o, como opina la mayor parte de la doctrina, afectaba también a las normas de la tab 8.2 y 8.3. A este respecto quizá sea, siguiendo una lógica evolución, posible la concepción que defiende que, en origen, trató de reemplazar la pena fija de la tab. 8,4 por una condena *in bonum et aequum concepta*, pero pronto fue extendida para cubrir las otras disposiciones referidas a las lesiones⁵⁴⁶. Por otro lado, dicha acción correspondería al marido y al *partefamilias* por las injurias inferidas a su mujer, *in manu* o no, o a su *filiifamilias*, pero no por las injurias ocasionadas a un esclavo que sería recogido en otro edicto⁵⁴⁷. Por tanto este edicto general cuya cláusula edictal se referiría tan sólo a las lesiones causadas a una persona libre para las que el pretor concedía una *actio*

⁵⁴⁴ FUENTESECA. P, *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978 p. 326.

⁵⁴⁵ PUGLIESE, *Studi* cit.p 96 ss.

⁵⁴⁶ PLESCIA, *The Develop.* cit. p. 280; BRETONNE, *Tecniche e ideologie* cit. p. 174, FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamacion* cit. p. 81. BRAVO BOSCH, *La injuria*,. cit. p. 67-68.

⁵⁴⁷ Respecto a la *iniuria* indirecta se hará referencia más adelante. Como estudio más reciente véase GUERRERO LEBRÓN, M, *La injuria indirecta en Derecho Romano*, Madrid, 2005.

iniuriarum, denominación moderna con que se conoce a la *actio de iniuriis aestimandis*⁵⁴⁸.

La fecha de este *edictum generale* es discutida y fluctúa⁵⁴⁹ entre los autores que la sitúan desde el año 227 a.C hasta los que la retrasan hacia el año 150 a.C. En todo caso, como afirma VON LUBTOW⁵⁵⁰ debió ser promulgado con anterioridad al 81 a.C en que se fecha la *Lex Cornelia* y la doctrina más reciente señala como fecha posible del edicto de *iniuriis aestimandis* la primera mitad del siglo II a.C.

Un nuevo paso en la evolución histórica del delito de *iniuriae* es representada por la gradual extensión por parte del pretor de la *actio iniuriarum aestimatoria* con el fin de incluir dentro del ámbito de su aplicación no sólo las lesiones causadas al cuerpo de un hombre libre, sino también supuestos constitutivos de ofensas morales que afectaban a la fama o a la dignidad de la persona que, aunque no fueran considerados como constitutivos de *iniuria* propiamente dicha, eran protegidos por el pretor a través de la promesa de una acción relacionada y con una fórmula semejante a la de la *actio iniuriarum*, aunque en ocasiones nombrase *unus iudex* en vez de *recuperatores*.

Estos edictos son denominados “especiales” que junto al *generale* desarrollaron todo el derecho de la *iniuria* y son los siguientes:

⁵⁴⁸ SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, trad. española Santa Cruz Teijeiro, Barcelona 1960, p. 568.

⁵⁴⁹ Una parte de la doctrina -PLESCIA, *The Develop*, cit. p. 282 y DUCK-WORTH, *The nature of roman comedy. A study in popular entertainment*, Princeton 1952 p. 55- de acuerdo con la fecha de la *Asinaria* de Plauto (205 a.C) que considera que indirectamente se refiere a la fórmula de la acción general, y teniendo en cuenta las fechas en las que mayor devaluación sufrió el as –según MATTINGLY 217 a.C y 209 a.C- sugieren como fecha más adecuada finales del siglo III a.C en torno a los años 208-206 a.C. Otra parte de la doctrina considera excesivo situarlo en el siglo III a.C señalando la primera mitad del siglo II a.C – SANTA CRUZ/ A D’ORS, *A propósito*..cit. p. 655; DE LA PUERTA MONTOYA, *Estudio sobre el edictum de adempta*, cit. p.42; BRAVO BOSCH, *La injuria verbal* cit, p. 70.

⁵⁵⁰ VON LUBTOW, *Zum römischen* .cit. p. 155.

a) edictum de convicium

Edicto que según se desprende de D. 47,10,15,2-14 (57 ad ed):
Ait praetor: " *qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo*".

(Dice el Pretor: "Daré acción contra el que se dijere que contra las buenas costumbres lo hizo a alguien vocería, por cuya gestión se hizo que contra las buenas costumbres se hiciera la vocería").

El pretor concede -en opinión de BRAVO BOSCH⁵⁵¹- protección ante hechos considerados muy graves en una sociedad romana que era extremadamente sensible en todo aquello que afectaba a la buena reputación y al honor, sancionado con severidad los insultos realizados en público. El motivo de dicha protección es el amparo del ciudadano romano que sufre una afrenta verbal, en público, proferida por un grupo de personas *adversus bonos mores*⁵⁵². Por tanto, la difamación verbal oral tendrá su represión a través de este edicto.

b) edictum de adtemptata pudicitia⁵⁵³

Viene referido por Ulpiano en D. 47,10, 15, 15-24 y Gayo 3,220 y castigaba los atentados al pudor de las mujeres honradas -*matrefamilias*- y de los jóvenes de ambos sexos que llevaban toga praetexta -*praetextatus praetextatave*- y tipificaba tres actos distintos a través de los cuales se entendía que se atentaba al pudor: cuando se le retiraba el acompañante a la fuerza -*comitem abducere*- o se cortejaba -*appellare*- o seguía asiduamente -*adsectari*- a alguno de ellos por la calle contra las buenas costumbres.

⁵⁵¹ BRAVO BOSCH, *La injuria* cit.p. 81 y ss

⁵⁵² D. 47, 10, 15, 6: *Idem ait "adversus bonos mores" sic accipiendum non eius qui fecit, sed generaliter accipiendum adversus bonos mores huius civitatis.*

⁵⁵³ Sobre el edicto de *ademptata pudicitia* véase BRAVO BOSCH, "Algunas consideraciones sobre el edictum de ademptata pudicitia," en *Dereito Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela* 5 nº2 1996; DE LAPUERTA MONTOYA, *Estudio sobre el "edictum de ademptata pudicitia"*, Valencia 1999.

c) edictum ne quid infamandi causa fiat

Es recogido por Ulpiano en D. 47, 10, 15, 25-33: *Ait praetor: "ne quid infamandi causa fiat. si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam"* (Dice el Pretor: "No se haga cosa alguna para infamar; si alguno hubiere obrado contra esto, lo castigaré según fuere cada caso") y castigaba cualquier cosa que alguien hubiese dicho o hecho con la intención de difamar a otra persona. Por tanto, incluiría las manifestaciones de la difamación escrita.

d) edictum de iniuriis quae servis fiunt

Referido por Ulpiano en D. 47, 10, 15, 34-49 y 17, pr 2 y Paulo D. 47, 10, 15, 16 y que concede la acción al dueño por la fustigación de un esclavo y por la tortura ocurrida sin su orden –o extralimitándose de la misma- y contra las buenas costumbres, y se reserva la facultad de concederla, previo conocimiento de causa, para otras ofensas⁵⁵⁴.

e) edictum de noxali iniuriarum actione

Previsto por Ulpiano en D.47, 10, 17, 3-9: 3. *Quaedam iniuriae a liberis hominibus factae leves (non nullius momenti) videntur, enimvero a servis graves sunt: crescit enim contumelia ex persona eius qui contumeliam fecit. 4. Cum servus iniuriam facit, maleficium eum admittere palam est: merito igitur sicuti ex ceteris delictis, ita et ex hoc iniuriarum noxalis actio datur. sed in arbitrio domini est, an velit eum verberandum exhibere, ut ita satisfiat ei qui iniuriam passus est: neque erit necesse domino utique eum verberandum praestare,*

⁵⁵⁴ D. 47, 10, 15, 34: *Praetor ait: " qui servum alienum adversus bonos mores verberavisse deve eo iniussu domini quaestionem habuisse dicetur, in eum iudicium dabo. item si quid aliud factum esse dicetur, causa cognita iudicium dabo"*. FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación* cit. p. 100

sed dabitur ei facultas praestare ei servum verberandum aut, si de eo verberibus satis non fiat, noxae dedendum vel litis aestimationem sufferendam y que ofrece al dueño del esclavo, en caso de que éste haya inferido una *iniuria* y haya nacido una acción noxal contra aquél, la posibilidad de liberarse de su obligación de pagar la condena o abandonar la condena, haciendo azotar al esclavo culpable al arbitrio del juez dando así satisfacción a la víctima.

f) *edictum si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur*

Ulpiano alude a este edicto en D.47, 10, 17, 10-22: *Ait praetor: "si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur et neque is, cuius in potestate est, praesens erit neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat: causa cognita ipsi, qui iniuriam accepisse dicetur, iudicium dabo"* refiriéndose a aquél por el que el pretor retiene la facultad de conceder, con conocimiento de causa, acción al injuriado que está bajo la potestad de otro, cuando no estuviese presente aquél bajo cuya potestad está, ni hubiese procurador alguno que en este nombre ejercite la acción.

En el siglo I a.C estas cláusulas edictales fueron consideradas unitariamente y denominadas *iniuria*, noción donde se comprendía toda ofensa a la personalidad de un hombre libre, y la acción derivada de ella fue la *actio iniuriarum*.

2. INTERVENCION PRETORIA EN LA DIFAMACIÓN VERBAL: *OCCENTARE-CONVICIUM FACERE*

Lo expuesto hasta ahora es, a grandes rasgos, la intervención pretoria que llega a configurar la *iniuria* desde noción de ofensa física castigada por 25 ases en la legislación decemviral hasta la noción

amplia en la que no sólo se incluye la lesión personal sino también la moral. Dentro de esta ofensa moral se incluirá la difamación verbal en su aspecto oral, primeramente, y escrito, con posterioridad.

A continuación nos detendremos en el trayecto que dista entre la ley de las XII Tablas, el supuesto *occentare* y el edicto de *convicium* que llegaría a la represión de la difamación oral y configurar el elemento objetivo de tal ilícito edictal, para después hacer el mismo viaje desde la noción de *carmen condere* hasta el edicto *ne quid infamandi causa fiat* que supondría la represión de la difamación escrita.

En la discusión sobre la configuración de la *occentatio* en las XII Tablas, como delito de magia o delito de difamación, un papel importante era asignado a la figura del *convicium alicui facere*. Por parte de los sostenedores de la tesis difamatoria se admite comúnmente, como se ha visto, que la *occentatio* confluiría en el *convicium*, de manera que el *convicium* es el heredero legítimo de la primera⁵⁵⁵. Incluso por parte de algunos se pretende reconocer en la noción de *convicium*, regulada expresamente en el edicto del pretor recogido en D. 47, 10, 15, 2 como la traducción privatística del *crimen famosi carminis*, esto es, del *occentare sive carmen condere*. A este propósito -como ya hemos mencionado- MOMMSEN afirma que la noción originaria de *convicium*, presente en la cláusula edictal y consistente en el ultraje⁵⁵⁶, en las injurias verbales pronunciadas con estrépito y en grupo frente a la casa de alguno, no se diferencia del *carmen famosum*: el elemento jurídico decisivo, esto es la publicidad, en la primera se actúa a través de la difusión oral y después con la difusión escrita. El pretor en su obra de adaptación de las XII Tablas

⁵⁵⁵ CUQ, sv. *iniuria*, DS. III, 1, p. 519 ss; STEINWENTER, sv. *iniuria* en RE IX, 2, col. 1555; DAUBE, “Ne quid infamandi causa fiat”, The roman Law of Defamation en *Atti Verona, III*, Milano, 1951 p. 415 ss; JÖRS, KUNKEL, WENGER, *Römisches Recht*, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949, p. 258 ss. BIRKS, “The Early History of Iniuria”, en *T.37*, 1969, .p.206; KASER, *RP*, I, p.624

⁵⁵⁶ MOMMSEN, *Strafr.* cit., p. 794.

habría utilizado el edicto de *convicio* para “reentrar” la difamación oral y escrita en la esfera privada del delito de *iniuria*⁵⁵⁷.

Sobre la dirección trazada por este autor seguido por todos los autores de la interpretación difamatoria, marca un especial interés FRAENKEL⁵⁵⁸, quien afirma que la relación entre la noción edictal privatista, de *convicium* y aquella decemviral del *carmen famosum* (recitado o cantado: *occentare*, escrito: *carmen condere*) estaría verdaderamente documentada por el conocido fragmento de Festo sv. *occentassint* (L.190): *occentassint antiqui dicebant quod nunc convicium facerint dicimus, quod id clare et cum quodam canore fit ut procul exaudiri possit. Quod turpe habetur, quia non sine causa fieri putatur*. Este fragmento reproduciría una antigua glosa jurídica y sería la prueba, dado la relación entre *occentatio* y *convicium* en ésta establecida, de que el *occentare* en las XII Tablas gravitaba en la esfera de la difamación verbal y consistía en pronunciar oralmente palabras ultrajosas (es decir, en el canto de *carmina famosa*). Además, para dar sustento textual a la idea de que las XII Tablas junto a la difamación oral (*occentare*) consideraban también la escrita (*carmen condere*), el autor reclama el texto de la cláusula edictal de *convicio* que nos es transmitido por Ulpiano en

D. 47,10,15,2 (Ulp. l.57, *ad ed*): *Ait praetor: " qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo"*⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ MOMMSEN, *Strafr.* cit., p. 795.

⁵⁵⁸ FRAENKEL, *rec.*, a BECKMANN, cit. pp. 193-194. En MOMMSEN, la idea de que el *carmen famosum* en las XII Tablas considera además de la recitación también la escritura de palabras difamatorias, no es explícitamente formulada; el autor habla de la difusión del *carmen* escrito después de aquel *carmen* oral sin precisar si la evolución del fenómeno era o no ya realizada en la época de las XII tablas, de tal manera que los decenviros comprendiese también el *carmen* escrito. El apoyo de Cicerón, *de rep* 4,12 como fundamento textual de tal aseveración sin que a éste se acompañe alguna crítica textual induce a MANFREDINI, *La diffamazione* cit. p.50 a inclinarse por la primera hipótesis.

⁵⁵⁹ FRAENKEL defiende la genuinidad del fragmento supuesto como interpolado por MASCHKE, *Die Personlich* cit. 43 desde *cuiusve a esse* (*cuiusve opera factum esse*) y desde *quo a fieret* (*quo adversus*

(Dice el Pretor: "Daré acción contra el que se dijere que contra las buenas costumbres lo hizo a alguien vocería, por cuya gestión se hizo que contra las buenas costumbres se hiciera la vocería)

Este texto debería leerse conjuntamente con:

D.47,10,15,8 (Ulp.l.57 ad ed): *Fecisse convicium non tantum is videtur, qui vociferatus est, verum is quoque, qui concitavit ad vociferationem alios vel qui summisit ut vociferentur.*

(Se considera que «hizo vocería» no solamente el que vociferé, sino también el que concitó a otros para la vociferación, el que los envió para que vociferasen)

Y a D.47,10,15,27 (Ulp.l 57 ad ed):... *si carmen conscribat vel proponat vel cantet aliquod, quod pudorem alicuius laedat.*

(o si escribiera versos, o expusiera, o cantara alguna cosa, que ofendiera el pudor de alguno)

Así, de este modo, el autor sostiene que la distinción, contenida en la cláusula edictal entre quien *convicium fecisse dicetur* y quien *cuius opera factum esse dicetur* (entre quien directamente pronuncia discursos difamatorios y quien insta o secretamente manda a alguno a pronunciar tales discursos) -la misma entre quien recita personalmente la poesía difamatoria (*cantet*) y quien escribe o hace pronunciar a otros lo que ha escrito (*proponat*)- reproduce en el *convicium* el precepto decemviral relativo al *occentare* (quien

bonos mores convicium fieret). Dicho autor habría repensado la interpolación y actualmente se considera originario (RABER, *Grundlagen*..p.23)

directamente recita un carmen o palabras ultrajosas) y al *carmen condere* (quien escribe tales palabras para que otros las reciten)⁵⁶⁰.

Según la opinión de MANFREDINI⁵⁶¹, los argumentos que pretenden recavar de la relación entre *occentare* y *convicium facere* establecida en las fuentes, a favor de la existencia en las XII Tablas de una disposición prohibitiva de la difamación oral y escrita, son poco concluyentes y en algunos casos apoyados sobre una errada interpretación de las fuentes.

En primer lugar respecto al texto de Festo -que es el único que establece esa explícita relación entre *occentare* y *convicium facere*- se sostiene⁵⁶² que esta glosa presenta un gran valor documental porque se remonta a un antiguo comentario jurídico a las XII Tablas. Por tanto, sus elementos de valor serían la pertenencia del término glosado al texto de la antigua ley, el remontar la glosa a época prefestina y preflacana, y finalmente su naturaleza de glosa jurídica. Según MANFREDINI y entendemos que acertadamente, esta opinión parece fuertemente discutible.

Primeramente este autor advierte que Festo no dice que el término glosado -*occentassint*- sea traído de las XII Tablas y el hecho de que el gramático, cuando se refiere al comentario de una locución atribuida de sus fuentes a la ley de los decemviros, lo indica expresamente⁵⁶³, induce a creer que en este caso falta la expresa mención porque el término y el significado que se expone no son referidos a tales leyes. Los *antiqui* que entendían *occentare* como *convicium facere*, según un glosador de la época del principado

⁵⁶⁰ FRAENKEL, cit. 192-193.

⁵⁶¹ MANFREDINI, *La diffamazione*, cit. p 51

⁵⁶² FRAENKEL, cit. 193 ss.

⁵⁶³ HUVELIN, *La notion* p. 61 nt 4. cita los términos expresamente atribuidos por Festo a las XII tablas, y se plantea el problema resolviendo que también en este caso Festo comentaría un término perteneciente a la ley de los decemviros.

podían ser perfectamente los romanos del III ó II siglo de la República.

En segundo lugar se trata de un glosador bastante tardío y esto se manifiesta en la utilización del término *canor*⁵⁶⁴, que es usado de manera excepcional en la república tardía y más difundido al principio de la época clásica, y que, por tanto, nos lleva a la atribución de tal glosa a la época de Verro Flacco (50 ac.-20) si no inmediatamente a la de Festo (II a.C).

Finalmente la consideración o la atribución del valor jurídico que se da al texto, entendiéndose que el fragmento hace referencia con tal precisión a la noción jurídica de *convicium* (que no debe dudarse de que se trata de una glosa proveniente de un comentario jurídico)⁵⁶⁵, es también criticable puesto que no se habla en ningún momento de que la *occentario* sea una disposición prohibitiva de las XII Tablas: el gramático se limita a decir que la *occentatio* es un *canor* entonado en alta voz⁵⁶⁶, considerado infame por ser hecho no sin motivo, no que se trate de un ilícito jurídicamente relevante.

La configuración del hecho ilícito no se puede recabar, según MANFREDINI, ni de la aproximación a *canor*, ni del atributo *turpis*, ni de la asimilación al *convicium*. *Canor* designa el sonido modulado y el canto, hechos en sí lícitos. La *turpitude* no expresa un concepto jurídico ni define un ilícito jurídicamente relevante, si bien expresa

⁵⁶⁴ La documentación del uso de este término en época republicana es escasa, *Th.l.I* sv. *canor* sólo registra un ejemplo LUCR. 4,181 en el sentido de canto de los pájaros:

*Nunc quibus ille modis somnus per membra quietem
inriget atque animi curas e pectore solvat,
suavidicis potius quam multis versibus edam,
parvus ut est cycni melior canor, ille gruum quam
clamor in aetheriis dispersus nubibus austri.*

⁵⁶⁵ FRAENKEL, *rec. cit.* p. 192 seguido literalmente por BRECHT, sv. *occentatio*, cit. col.1758-1759.

⁵⁶⁶ Según MANFREDINI, *La diffamazione* cit.p. 52 nt.12, la locución festina *quod id clare et cum* ..es una definición del *occentare*, que es el término glosado, y no del *convicium facere*.

una categoría moral que pudo haber tenido reflejos jurídicos⁵⁶⁷; tal término, particularmente en la forma *turpis*, *turpiter*, expresa el carácter indecente, deshonesto de un hecho; ésta parece la acepción en la que el término es usado en el fragmento respecto al *canor* en el que consiste *occentare*, por lo que debería entenderse, por tanto, no como un simple sonido modulado de voces o de instrumento, sino como un canto de palabras. Pero el uso de los cantos obscenos a más voces (ésta es la imagen que, *prima facie*, emerge de las palabras de Festo, quien entre otras cosas, glosa la forma plural *occentassint* que da la idea de un coro de cantores pero que es extraña al estilo propio de las XII Tablas) parece haber sido desde siempre considerado lícito en Roma.

⁵⁶⁷ FORCELLINI, sv. *turpis*, *turpitude*. Sobre el uso del término en las fuentes jurídicas como exponente de la reprobación frente a quien ha violado las costumbres recibidas/heredadas ver KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Rect.*, en ZSS 60, 1940 p. 103 ss.

Los *fescennini* nupciales⁵⁶⁸, agrestes⁵⁶⁹, los *fasta convicia*, los cármenes triunfales cuyo contenido obsceno es conocido⁵⁷⁰, y las serenatas eróticas⁵⁷¹ nocturnas participan de una costumbre muy

⁵⁶⁸ PAUL DIAC sv. *fescennini* (L.76); CAT, 61, 120: *carmen nuptiale Viniae et Manlii* muestra la *fescennina iocatio* nupcial; CLAUD. 14,30-32 que habla de la exultación de la *turba licentior*.

⁵⁶⁹ HOR, *epist.* 2,1,145 ss:

*Fescennina per hunc inuenta licentia morem
uersibus alternis opprobria rustica fudit,
libertasque recurrentis accepta per annos
lusit amabiliter, donec iam saeuos apertam
in rabiem coepit uerti iocus et per honestas
ire domos impune minax. Doluere cruento
dente lacessiti, fuit intactis quoque cura
condicione super communi; quin etiam lex
poenaeque lata, malo quae nollet carmine quemquam
describi; uertere modum, formidine fustis
ad bene dicendum delectandumque redacti. ;*

VER, *georg.* 2, 386: *uersibus incompitis ludunt risuque soluto;*

AUG, *civ.* 7, 21: *Iam uero Liberi sacra, quem liquidis seminibus ac per hoc non solum liquoribus fructuum, quorum quodam modo primatum uinum tenet, uerum etiam seminibus animalium praefecerunt, ad quantam turpitudinem peruenerint, piget quidem dicere propter sermonis longitudinem; sed propter istorum superbam hebetudinem non piget. Inter cetera, qua e praetermittere, quoniam multa sunt, cogor, in Italiae compitis quaedam dicit sacra Liberi celebrata cum tanta licentia turpitudinis, ut in eius honorem pudenda uirilia colerentur, non saltem aliquantum uerecundiore secreto, sed in propatulo exultante nequitia. Nam hoc turpe membrum per Liberi dies festos cum honore magno plostellis inpositum prius rure in compitis et usque in urbem postea uectabatur. In oppido autem Lauinio unus Libero totus mensis tribuebatur, cuius diebus omnes uerbis flagitiosissimis uterentur, donec illud membrum per forum transuictum esset atque in loco suo quiesceret. Cui membro inhonesto matrem familias honestissimam palam coronam necesse erat inponere. Sic uidelicet Liber deus placandus fuerat pro euentibus seminum, sic ab agris fascinatio repellenda, ut matrona facere cogere in publico, quod nec meretrix, si matronae spectarent, permitti debuit in theatro. Propter haec Saturnus solus creditus non est sufficere posse seminibus, ut occasiones multiplicandorum deorum inmunda anima reperiret, et ab uno uero Deo merito immunditiae destituta ac per multos falsos auiditate maioris immunditiae prostituta ista sacrilegia sacra nominaret seseque spurcorum daemonum turbis conuiolandam polluendamque praeberet*

⁵⁷⁰ SUET. *Iul.* 49: [1] *Pudicitiae eius famam nihil quidem praeter Nicomedis contubernium laesit, graui tamen et perenni obprobrio et ad omnium conuicia exposito. omitto Calui Licini [FPR p. 322] notissimos uersus:*

*Bithynia quicquid
et p[r]edicator Caesaris umquam habuit.
praetereo actiones Dolabellae et Curionis patris, in quibus eum Dolabella paelicem reginae, spondam interiorem regiae lecticae, at Curio stabulum Nicomedis et Bithynicum fornicem dicunt. [2] missa etiam facio edicta Bibuli, quibus proscripsit collegam suum Bithynicam reginam, eique antea regem fuisse cordi, nunc esse regnum. quo tempore, ut Marcus Brutus refert, Octavius etiam quidam ualitudine mentis liberius dicax conuentu maximo, cum Pompeium regem appellasset, ipsum reginam salutauit. sed C. Memmius etiam ad cyathum +et ui Nicomedi stetisse obicit, cum reliquis exoletis, pleno conuiuio, accubantibus nonnullis urbicis negotiatoribus, quorum refert nomina. [3] Cicero uero non contentus in quibusdam epistulis scripsisse a satellitibus eum in cubiculum regium eductum in aureo lecto ueste purpurea decubuisse floremque aetatis a Venere orti in Bithynia contaminatum, quondam etiam in senatu defendenti ei Nysae causam, filiae Nicomedis, beneficiaque regis in se commemoranti: remoue, inquit, istaec, oro te, quando notum est, et quid ille tibi et quid illi tute dederis. [4] Gallico denique triumpho milites eius inter cetera carmina, qualia currum prosequentes ioculariter canunt, etiam illud [FPR p.330] uulgatissimum pronuntiauerunt:*

*Gallias Caesar subegit, Nicomedes Caesarem:
ecce Caesar nunc triumphat qui subegit Gallias,
Nicomedes non triumphat qui subegit Caesarem.*

⁵⁷¹ PROP. 1,16,1 ss se hace expresa mención de la entonación de cármenes obscenos en tales situaciones.

difundida, generalmente reacia, en todos los tiempos, a concebir la palabra obscena como prohibida. Una costumbre que perdura aún cuando, en época avanzada, son dispuestos los medios ordinarios para su represión. Y éstos no son ni el edicto *de convicio adversus bonos mores*, al que las fuentes no ligan con el caso del canto de palabras obscenas si no para afirmar que se trata de *convicium* lícito, ni el edicto *de adtemptata pudicitia* por el cual las solas palabras eróticas son las *blandae orationes*, esto es, los discursos insinuantes y cariñosos y no aquéllos explícitos y brutales.

Las fuentes jurídicas expresamente conectan el caso de quien *cantet aliquod, quod pudores alicuius laedet*⁵⁷² (que probablemente se refiera al hecho de recitar un *carmen* escrito), al edicto *ne quid infamandi causa fiat*, de época incierta pero no anterior al último siglo de la República⁵⁷³ y posterior a los dos anteriormente mencionados. Y *qui turpibus verbis utitur*, esto es, quien hace uso de palabras obscenas sin que éstas formen un canto y, por tanto, no parece

⁵⁷² D. 47, 10,15,27 (Ulp. l 57 ad ed)

⁵⁷³ Los términos *ante quem* de la emanación del edicto son representados por el hecho de que el jurista Servio, pretor en el 65 a.C comenta el edicto como se deduce de D. 47,10,15,32 y de la *Lex Cornelia de iniuriis* que con toda probabilidad según MANFREDINI, establece la pena accesoria de la intestabilidad en caso de publicación de un *liber famosus* (D.47,10,5,9) y que presupone la emanación del edicto *ne quid infamandi causa fiat*, con el que tuvo inicio la represión privada de los escritos difamatorios (D.47,10,15,27). Un término *post quem* es difícil de determinar. Según este autor primeramente se debe indicar a este propósito el momento en el que se introduce la *actio iniuriarum aestimatoria* sobre la que se basa la aplicación de los edictos del pretor; tal momento se debe fechar en los últimos decenios del III siglo (WATSON, "The Development of the Praetor's Edict" en JRS 60, 1970 ahora en *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford 1974 p, 47 ss.) o, según la opinión de MANFREDINI, en torno a la mitad del siglo II (Manfredini, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano 1977, pp.178 ss); pero cree que un término más preciso se recava de la fecha de composición de la *Rhet ad Her* (el año 88 a.C es el *terminus post quem* del primer libro como emerge de *Rhet, ad Her* 1,15,25) ya que en esta obra se indican como supuestos de *iniuria* vigente sólo las *pulsationes* y el *convicium* (*Rhet ad Her* 2,26,41: *Item vitiosum est falsis aut vulgaribus definitionibus uti. Falsae sunt huiusmodi, <ut> si quis dicat iniuriam esse nullam, nisi quae ex pulsatione aut convicio constet.*), no incluye la *infamatio*, debiéndose interpretar la referencia a las cosas *...quae...aliqua turpitudine vitam cuiuspiam violant* (4,25,35: "*Iniuriae sunt, quae aut pulsatione corpus <aut> convicio auris aut aliqua turpitudine vitam cuiuspiam violant.*") como referido al edicto *de adtemptata pudicitia*, que precede a aquél sobre la *infamatio*, o simplemente como una mención moralista dirigida al pretor, *de iure condendo*. Por tanto el autor es partidario de considerar la emanación del edicto *ne quid infamandi causa fiat* en el segundo decenio del último siglo de la república. Sin embargo el propio autor en una investigación posterior "Quod edictum autem praetorum cit. p. 91 asume la fecha propuesta por DAUBE DAUBE, *Ne quid*.cit. p. 415 habla de una fecha comprendida entre el 200 y el 100 a.C. considerando que la difamación por medio de escritos no llegó a ser tan predominante hasta el final de la república y el edicto *ne quid infamandi causa fiat* debió emanarse entre los años 200 y 100 a.C. BRAVO BOSCH, *La injuria verbal*, cit. p.71. FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación* cit. p. 179.

asuman aquel carácter de publicidad que debe haber reclamado antes la atención del pretor, pudo ser perseguido a título de *iniuria-contumelia*, no *ex edicto*⁵⁷⁴; esto quiere decir que antes de la interpretación labeoniana de la *iniuria-contumelia*⁵⁷⁵, la palabra obscena que no estaba contenida en un canto público, no era ordinariamente perseguida.

Por último MANFREDINI subraya como propia de la glosografía *antiquaria* y no jurídica, la tendencia a usar el término *convicium* para explicar antiguas palabras. Festo⁵⁷⁶ define la *obvagulatio* como *quaestio* (o *questio*) *cum convicio*; Paulo Diácono⁵⁷⁷ retomando a Festo, afirma que el antiguo verbo *incomitiare*, *significat tale convicium facere, pro quo necesse sit in comitium, hoc est in conventum, venire*; Varrón⁵⁷⁸ explica el término *pipulus* usado por Plauto en *Aul.* 446 en el verso *pipulo et hic differam ante aedis*, con el término *convicium*. Y estas conexiones conducen a un significado de *convicium* que no comprende la palabra difamatoria ya que *obvagulatio*, consistía en vagidos, y el *pipulus* en la imitación del piar de los polluelos.

Estos argumentos llevan a excluir que la glosa de Festo se remonte a un jurista y que sea una explicación jurídica del ilícito decemviral relativo a la *occentatio*⁵⁷⁹.

⁵⁷⁴ D. 47, 10, 15, 21 (Ulp. 157 *ad ed*): *qui turpibus verbis utitur, non temptat pudicitiam sed iniuriam tenetur*: Ulpiano no dice que tal represión tenga un fundamento edictal y excluye expresamente que se trate del edicto *de adtemptata pudicitia*.

⁵⁷⁵ Sobre este importante argumento Manfredini se limita a citar las obras de WITTMAN, *Die Körperverletzungslinien an Freien im klassischen römischen Recht*, München 1972, p. 36 ss; *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurien-klage*, en ZSS 92, 1974, p. 289 ss; BRETON, “Ricerche labeoniane. Iniuria e ὕβρις”, en RFIC 103, 1973 p. 143 ss. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell’iniuria* cit. p. 17 y 182 ss.

⁵⁷⁶ FESTO sv. *vagulatio* (L.514): *significat quaestio cum convicio. “cui testimonium defugerit, is testis diebus ob portum obvagulatum ito”*

⁵⁷⁷ PAU DIAC., sv. *incomitiare* (L.94)

⁵⁷⁸ VARRO, *ll.* 7.103: *In Aulularia: Pipulo te differam ante aedis, id est convicio, declinatum a pipatu pullorum.*

⁵⁷⁹ La naturaleza gramatical de la glosa aclara por qué, para explicar el *occentare*, Festo no usa la locución ciceroniana *sive carmen condere* que es probablemente de origen jurídico; esta circunstancia es, por los sostenedores de la interpretación difamatoria, entendida como prueba de que tal locución no es

A tal conclusión se añade también, con respecto a la noción de *convicium*, que un jurista que hubiese querido establecer, en su comentario, un paralelismo entre los ilícitos de la *occentatio* y del *convicium* no habría hablado de *convicium* sólo, sino de *convicium adversus bonos mores* ya que, como afirma BRAVO BOSCH, no toda forma de *convicium* era ilícita⁵⁸⁰; pero, sobre todo, no habría definido la *occentatio* como *canor turpis* y asimilado ésta al *convicium* puesto que la represión del *canor turpis* en el sentido de coro de palabras obscenas tuvo inicio no a título de *convicium* sino, si acaso, a título de *infamatio*⁵⁸¹. De manera que, manteniendo todas estas observaciones, la glosa de Festo no se presta a la reconstrucción, ni de la noción jurídica de *occentare* en las XII Tablas, ni de aquélla de *convicium adversus bonos mores* previsto por el pretor en el homónimo edicto⁵⁸².

De igual modo resulta todavía más difícil de aceptar la posibilidad de obtener la noción jurídica de *occentare sive carmen condere* en las XII Tablas, de la noción edictal de *convicium*, la cual, como se ha visto, conservaría según algunos autores las huellas de esta doble previsión decemviral. Ya hemos mencionado que quien

una glosa explicativa si bien una norma (así véase en BRECHT, sv. *occentatio*, cit, col.1758-1759)

⁵⁸⁰ BRAVO BOSCH, *La injuria verbal...* cit.pp. 98 y ss donde considera que del mismo modo que para que una afrenta sea considerada como objeto de reprobación debe efectuarse contra *bonos mores*. La referencia a las buenas costumbres es común entre los juristas y debe buscarse su significado en el ámbito edictal tal y como recoge Ulpiano en D. 47,10,15 2. y D. 47,10,15,5. Estas bonos mores no se refieren a las costumbres individuales sino que se refieren a los *mores* de la *civitas*.

⁵⁸¹ Después de todas estas observaciones parece legítimo, en opinión de MANFREDINI, considerar la glosa festina nada más que una modesta anotación de un gramático quien, desprovisto de específicos conocimientos jurídicos, construye el presunto significado que, en el lenguaje corriente, los *antiqui* atribuían al término *occentatio*; y esto se hace reentrando las connotaciones fácticas en los últimos testimonios conocidos (probablemente aquellas plautinas) donde la *occentatio* se adhiere a los hechos lícitos generalmente relativos a alborotos (alboroto, griterío, vocerío) y serenatas eróticas de brigadas de amantes y recabando el significado de *canor* de la etimología impresionantemente interpretada (*occentare=cantare*). De aquí la representación de la *occentatio* como *canor turpis* entonado por varias personas y con potencia de voz tal que permita que se oiga desde lejos; de aquí la asimilación, hecha como ejemplo entre *occentare* y *convicium facere* (no *convicium adversus bonos mores*) que, en la acepción común más difundida, consiste en un estrépito de voces y que, por tanto, presenta también ése los caracteres de la oralidad, de la sonoridad, y, normalmente, de la pluralidad de sujetos agentes.

⁵⁸² Por ello MANFREDINI rechaza la idea de MASCHKE, *Die Persönlichs* cit.43 según la cual la glosa expresa la más antigua noción de *convicium* en nuestra posesión; sólo con gran aproximación es posible acercar la *vociferatio in unum collata*, en lo que consiste la originaria noción edictal de *convicium* (alboroto/vocifería de gritos), con el *canor* que es un sonido modulado o un canto de palabras.

propone este argumento se avala por el texto del edicto *de convicio* y de dos fragmentos explicativos de Ulpiano. Pero no ha sido apreciado que el parágrafo 27 de D.47,10,15 donde el jurista plantea el supuesto de quien *cantet* (quien recita o entona cármenes difamatorios) y de quien *conscribat vel proponat* (quien propone y divulga por escrito tales cármenes) no está dedicado a la explicación del edicto *de convicio*, sino al edicto *ne quid infamandi causa fiat*. Sobre este punto Ulpiano es claro en el fragmento de D.47,10,15,27 (Ulp. I.57 ad ed)⁵⁸³: el caso del *carmen conscribere ad infamiam alicuius* es incontrovertiblemente por Ulpiano considerado como un caso paradigmático de la aplicación del edicto *ne quid infamandi causa fiat*⁵⁸⁴.

La noción jurídica de *convicium adversus bonos mores* plantea problemas bastante arduos para la doctrina. Como veremos en las páginas siguientes MANFREDINI, con toda probabilidad la más antigua noción edictal del *convicium* no tenga nada que ver con la difamación a través de palabras; sólo en vía de interpretación, en un momento posterior, el *convicium* es entendido como especial *maledictum*, esto es, como insulto ultrajoso proferido en alta voz (*cum vociferatione*) o en público (*in coetu*); y en este momento es concebible la represión *ex edicto de convicio* del *carmen famosum*, pero únicamente el recitado, en voz alta o en público; no del *carmen famosum scriptum*. La característica de la oralidad es típica de la configuración edictal del *convicium*; sólo se producirán cambios en el modo de entender el *convicium* como *iniuria-contumelia* en época clásica, donde el *convicium* designará también los insultos verbales escritos pero a excepción del *carmen, liber y libelli famosi* puesto que

⁵⁸³ D.47, 10, 15, 27 (Ulp.I.57 ad ed): *Generaliter vetuit praetor quid ad infamiam alicuius fieri. proinde quodcumque quis fecerit vel dixerit, ut alium infamet, erit actio iniuriarum. haec autem fere sunt, quae ad infamiam alicuius fiunt: ut puta ad invidiam alicuius veste lugubri utitur aut squalida, aut si barbam demittat vel capillos submittat, aut si carmen conscribat vel proponat vel cantet aliquod, quod pudorem alicuius laedat.*

⁵⁸⁴ Esto es sostenido, entre otros, MASCHKE, *Die Persönlich...* cit. p 43; PUGLIESE, *Studi.* cit.25; DAUBE, *Ne quid*, cit., p. 415.

esta categoría de escritos difamatorios queda rigurosamente excluida de la noción de *convicium* durante toda la época romana hasta Justiniano⁵⁸⁵.

Llegados a este punto se puede afirmar según MANFREDINI que la originaria noción de *convicium adversus bonus mores* no tiene nada que ver con la difamación a través de palabras y que al *convicium*, en el origen como en el sucesivo desarrollo histórico, fue extraño al caso de la difamación escrita contenida en un *carmen*, *liber* o *libellus*. A este propósito se considera necesario un amplio análisis para sostener esta afirmación.

En la doctrina es, sin duda, dominante la opinión de que el pretor, con el edicto *de convicio*, había intentado reprimir la palabra difamatoria⁵⁸⁶ cuando ésta fuese rumorosamente⁵⁸⁷ pronunciada por un grupo⁵⁸⁸ o por un individuo no formando (o formando) parte de un grupo y en público⁵⁸⁹. Se habla, como ya es conocido, de una desrubricación y despenalización del *crimen famosi carminis* previsto por los decemvros, o de una forma de justicia popular vetada por el pretor consistente en la denuncia de las injusticias sufridas y hecha

⁵⁸⁵ MANFREDINI, *La diffamazione* .cit. p. 82 ss considera por tanto que se equivocan sin duda MOMMSEN y sus seguidores cuando aseguran que con el edicto *de convicio* el canto o el escrito difamatorio tienen su ingreso en el delito de *iniuria* y se equivocan FRAENKEL y sus seguidores cuando pretenden encontrar en la cláusula edictal *de convicio* la supervivencia de la norma decemviral sobre *occentare sive carmen condere* relativa a los cármes difamatorios respectivamente recitados y escritos.

⁵⁸⁶ “Katzenkonzert von Schimpfwörtern und Spottversen”: JÖRS, KUNKEL, WENGER, *Röm. Recht*, cit. P. 259 ss; KASER, *RP*, I p. 624. cantos y poemas difamatorios: CUQ, sv. *iniuria* cit. p. 519 ss; Insultos: DAUBE, *Ne quid infamandi causa fiat*, cit. pp. 415; *carmina famosa*, palabras injuriosas: MOMMSEN, *Strafsrecht*, p.795 ss. Proclamación de daños y culpas de la víctima. MARRONE, *Considerazioni in tema di iniuria*, en Synteleia, I, Napoli, 1964 p.479.

⁵⁸⁷ Indican como requisito el clamor o la vociferación: CUQ, sv. *iniuria* p. 519 ss; DAUBE, *Ne quid..cit.*p. 424; hablan de Katzenkonzert MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte*, p. 43; JÖRS, KUNKEL, WENGER, *Röm. Recht* p. 259; KASER, *RP*, I, p. 624. así también PERNICE, *Labeo*, II, p. 32; MARRONE, *Considerazioni*, p. 479.

⁵⁸⁸ También el requisito de la agrupación es mayoritariamente acogido por la literatura: MOMMSEN, *Strafsrecht*.p. 794; BRECHT, sv. *occentatio* col.1762; MARRONE, *Considerazioni*, p. 479 ss; tal requisito según algunos autores es deducido de la locución *in coetu* citada por Ulpiano en D.47,10,15,11,12: CUQ, sv. *iniuria* p. 519; HUVELIN, *La notion*, p. 60 quien habla de un *convicium* hecho por una persona en unión a otras o en medio de otras. Para otros autores el requisito del agrupamiento se exige de la etimología de *convicium* así JÖRS, KUNKEL, WENGER, *Röm. Recht*. P. 259.

⁵⁸⁹ Se habla de “*öffentliche Schimpfen*”

frente a la puerta de la víctima⁵⁹⁰. Pero minoritaria es la opinión que ve en la más antigua configuración edictal del *convicium* no una forma de difamación verbal sino una rumorosa manifestación de hostilidad⁵⁹¹ o una especie de concierto escandaloso que traía origen en el folklore tradicional⁵⁹².

Centrémonos, pues, en la noción originaria de *convicium adversus bonos mores* que, como se ha visto, es mayoritariamente entendido como el hecho de pronunciar palabras ofensivas en alta voz y en público en grupo. Aunque hay autores que creen que la más antigua noción de *convicium adversus bonos mores* no se refería a las palabras difamatorias, a los *maledicta*, sino a formas de burla y vocerío, a manifestaciones colectivas de protesta representadas sobre todo contra *primores*⁵⁹³.

En primer lugar el significado etimológico de la palabra, conforme a aquél documentado en los testimonios literarios más antiguos recogidos en los diccionarios etimológicos concuerdan en atribuir al término como significado de base aquél de “ensemble de cris”⁵⁹⁴, “lautes Geschrei”⁵⁹⁵. Parece que sea difícilmente negable la relación con *vox*, debiéndose en cambio entender la expresada derivación de *vici*, de origen popular⁵⁹⁶. Su naturaleza de nombre colectivo (*cum* y *voces*) lleva a entender, mayoritariamente, el

⁵⁹⁰ USENER, *Ital. Volksjustiz*, p. 356 ss; HUVELIN, *La notion*, cit, p. 59 ss; JÖRS, KUNKEL, WENGER, *Röm. Recht*, cit. p. 480.

⁵⁹¹ MASCHKE, *Die Persönlichkeit*, p.43 ss.

⁵⁹² Esta parece la opinión de HUVELIN, *La notion*, cit, p. 59 ss que habla de “charivari” (alboroto, jaleo, barullo).

⁵⁹³ MANFREDINI, *La diffamazione*. cit. p. 60.

⁵⁹⁴ ERNOUT, MEILLET, *Dictionnaire*, cit, p. 141.

⁵⁹⁵ WALDE, HOFMANN, *Lat. ety. Wörterbuch*, cit. I., p. 269 ss.

⁵⁹⁶ Las fuentes son: PAUL.DIAC. sv. *convicium* (L. 36): *convicium a vicis, in quibus prius habitatum est, videtur dictum, vel inmutata litera quasi convocium*; NON, p. 64 M. (p.89L): *convicium dictum est quasi e vicis logi, in quis secundum ignobilitatem loci maledictis et dictis turpibus cavillettur*. La derivación de *convocium*: MOMMSEN, *Strafsrecht*, p.794; BRECHT, sv. *occenatio*, USENER, *Ital. Volksjustiz*, p. 373; se entiende *convicium* como *convicium, a vicis* es escasamente seguida aunque sostenida por autores como BRECHT, sv. *occenatio* col.1762; JÖRS, KUNKEL, WENGER, *Röm. Recht*, cit. p. 259; RABER, *Grundlagen*, cit. p.23; KASER, RP, I, p.624 (*con-vocare*). HENDRICKSON, *Convicium* cit. p. 114 ss postula que deriva de *vinco*.

término, como aquél que designa el hecho de “emanar gritos juntos”, por más personas o animales⁵⁹⁷; pero en opinión de MANFREDINI la característica de la pluralidad deriva del término no del número de los sujetos que gritan sino de la cantidad de los gritos. Esta idea se desprende de la lectura de los fragmentos de Plauto y Terencio que son los más antiguos documentos del uso del término *convicium* en el lenguaje común, probablemente coetáneos del edicto pretorio *de convicio* y en los cuales, como veremos, es siempre una persona en singular quien *convicium facit*.

Así en la primera cita de Plauto⁵⁹⁸ se refiere al hecho del soldado Cleomachus quien ha sabido que una Bacchis por él comprada por 200 filipos y desposada, ahora está con el hijo del viejo Nicobulus, y creyéndose solo, grita y amenaza al rival espetándole que no es una mujerzuela⁵⁹⁹ y afirmando que dará todo el oro del mundo por sorprenderle en flagrante adulterio, que los matará y que si no le devuelve al instante los 200 filipos, le arrancará el alma a ambos⁶⁰⁰. El viejo Nicobulus y el siervo Chrysalus oyen pero no son vistos. El viejo se resuelve a proponer, a través del esclavo, esta transacción: *vis tibi ducentos nummos iam promittier, ut ne clamorem hic facias neu convicium?*⁶⁰¹: la promesa de dar las 200 monedas tiene el objeto de evitar el *clamor* y el *convicium* que el soldado está haciendo: el *clamor* y el *convicium* expresan genéricamente el vocear con contrariedad del *miles*.

⁵⁹⁷ A este respecto ERNOUT, MEILLET, designan al *convicium* como el hecho de “*pousser des cris ensemble*”.

⁵⁹⁸ PLAUT. Ba.874: *ut ne clamorem hic facias neu convicium?*

⁵⁹⁹ PLAUT. Ba.845-849: *Non me arbitratur militem, sed mulierem, qui me meosque non queam defendere. nam neque Bellona mi umquam neque Mars creduat, ni illum exanimalem faxo, si convenero, nive exheredem fecero vitae suae.*

⁶⁰⁰ PLAUT. Ba. 859-860: *nam ni ego exsolver, iam manifesto hominem opprimet. Nihil est lucri quod me hodie facere mavelim,*

quam illum cubantem cum illa opprimere, ambo ut necem.

⁶⁰¹ PLAUT. Ba. 873-874

En la segunda cita plautina⁶⁰² la locución *convicium facere* presenta más claramente el significado de estrépito y alboroto; el viejo Theopropides asiste a distancia, sin escuchar distinguidamente las palabras una discusión entre el usurero y el siervo Tranio: el usurero pretende de Tranio el pago del *fenus* e insiste gritando mientras el siervo repetidamente le ruega que no grite (el verbo utilizado es *clamare*)⁶⁰³; Theopropides se acerca y hacia el siervo dice: *Quis illic est? quid illíc petit?/quid Philolachetem gnatum compellat/sic et praesenti tibi facit convicium?*⁶⁰⁴ (¿quién es ése? ¿qué reclama? ¿por qué increpa a mi hijo Filólaques así y arma este escándalo en tu presencia?). El *convicium facere* describe el comportamiento del usurero tal y como aparece a los ojos y a los oídos del viejo que asiste a distancia: grita concitando la protesta, palabras entrecortadas; por otra parte el usurero no pronuncia palabras ofensivas sino que se limita a pedir insistentemente los

⁶⁰² PLAUT. Mo. 617: *Quis illic est? quid illíc petit?*
quid Philolachetem gnatum compellat
sic et praesenti tibi facit convicium?
quid illí debetur?

Este fragmento junto con el de Ba.874 son particularmente considerados por USENER, *Ital. Volksjustiz*, p. 356 como prueba de que el *convicium* era una forma ilícito de justicia popular. Las críticas sobre esta interpretación las sintetiza WITTMANN, *Die Entwicklungslinien* cit. 309-310 quien considera que de estos testimonios se puede configurar el *convicium* como aferente a la ilícita defensa privada a través de la apelación a la publicidad.

⁶⁰³ PLAUT. Mo. 576-588: Dan: *Quid est?*

Tr.: *Concede huc.* <

Dan.: *Quin mihi faenus red>ditur?*

Tr.: *Scio te bona esse voce, ne clama nimis.*

Dan.: *Ego hercle vero clamo.*

Tr.: *Ah, gere morem mihi.*

Dan.: *Quid tibi ego morem vis geram?*

Tr.: *Abi quaeso hinc domum.*

Dan.: *Abeam?*

Tr.: *Redito huc circiter meridie.*

Dan.: *Reddeturne igitur faenus?*

Tr.: *Reddetur. abi.*

Dan.: *Quid ego huc recusem aut operam sumam aut conteram?*

quid si hic manebo potius ad meridie?

Tr.: *Immo abi domum, verum hercle dico, abi modo.*

Dan.: *Quin vos mihi faenus date. quid hic nugamini?*

Tr.: *Eu hercle, ne tu--abi modo, ausculta mihi.*

Dan.: *Iam hercle ego illum nominabo.*

Tr.: *Euge strenue.*

beatus vero es nunc, quom clamas.

⁶⁰⁴ PLAUT. Mo. 615-618

intereses, avanzando, como en el primer fragmento plautino citado, una premisa lícita.

El siguiente testimonio plautino confirma que en el lenguaje corriente la locución *convicium facere* describe lícitas formas de protesta ruidosas realizadas incluso por individuos singulares y en privado. El viejo Demipho ha soñado haber comprado una cabra muy bella y por no quererla poner con la que ya poseía, decide confiarla a un mono de reciente adquisición; poco después la mona viene a él y *male mihi precatur et facit convicium*⁶⁰⁵, sosteniendo que la llegada de la cabra en su casa le ha provocado *flagitium et damnum*⁶⁰⁶.

Pasando un cuarto fragmento de Plauto de dudosa interpretación⁶⁰⁷, llegamos a Terencio (190-159 a.C) donde es documentado una sola vez el término y también es referido a una sola persona. Sannio y Aeschinus se disputan a la cortesana Bacchis; hay un litigio en el curso del cual Sannio hace valer sus propias razones, entre las cuales está el hecho de haber regularmente pagado a la cortesana; a lo que Aeschinus exclama: *ante aedis non fecisse erit melius hic convicium*⁶⁰⁸, haciendo referencia a la escena de Sannio. La precisión del lugar (fuera de la puerta de casa) expresa con toda probabilidad una circunstancia que llevaría a semejantes

⁶⁰⁵ PLAUT. *Merc.* 235. *ea simia adeo post haud multo ad me venit, male mihi precatur et facit convicium:*

ait sese illius opera atque adventu caprae flagitium et damnum fecisse haud mediocriter

⁶⁰⁶ Soñé que compraba una hermosa cabra y que, para evitar que le hiciera daño la cabra que ya tenía yo antes en casa o que riñeran, si estaban juntas, confiaba la recién comprada a la custodia de un mono. Pero este mono al poco rato viene a verme, me llena de imprecaciones y me arma un escándalo. Me asegura que por culpa de la cabra y de su presencia en su casa él había sufrido una ignominia y un quebranto económico inmensos.

⁶⁰⁷ PLAUT. *Merc.* 59 *convicium tot me annos iam se pascere*; LODGE, *Lexicon Plautium*, Stuttgart 1924 sv. *Convicium*, propone el verbo *ait* como regente del término *convicium*. Si fuese así nos encontraríamos frente a la noción más evolucionada en el sentido de insulto. Del contexto al que el término se refiere [Charimus cuenta que su padre *summo clamore* (49) va gritando por la ciudad cosas malévolas sobre su cuenta (*clamitare tota urbe et praedicere*)] nos parece que se puede argumentar que el verbo regente era *facere* y, en este caso, el término sería traducido “hace estrépito”.

⁶⁰⁸ TER. *Ad.* 180: *Aeschinus: ante aedis non fecisse erit melius hic convicium; nam si molestus pergis esse, iam intro abripiere atque ibi usque ad necem operiere loris.*

manifestaciones ruidosas de protesta individual, temidas aunque lícitas⁶⁰⁹.

Del análisis del uso de la locución *convicium facere* utilizado por los cómicos resulta por tanto que ésta, en el uso común, no significa el pronunciamiento de *maledicta* sino que describe formas ruidosas de protesta individual entendidas, en las conexiones examinadas, como lícitas. Obviamente no se puede decir que quiere decir que quien hacía un *convicium* emitiese, de continuo, meros vocablos y gritos; con toda probabilidad éste pronunciaba palabras, expresaba las propias razones, pero la excitación y la vehemencia con las que eran dichas impedía que llegaran de forma distingible a los oídos del destinatario o de los terceros presentes, y el hecho asumiría por tanto, de cara al exterior, la connotación de un mero griterío de protesta que precisamente se designaba con el término *convicium*. De ahí que en época posterior se documente la relación de *convicium* con *clamor*. Este significado fundamental del término en la lengua común, se encuentra en el uso de *convicium* para designar los estrépitos de los animales⁶¹⁰, en el proverbio *septem convicium novel vero convicium*⁶¹¹ y es particularmente difundido en la república tardía; en Cicerón se habla de *ures convicio defessae* a causa del

⁶⁰⁹ En efecto en la más evolucionada noción jurídica de *convicium* como *maledicum in coetu* o *cum vociferatione* el requisito de la publicidad es casuísticamente ejemplificado con las locuciones *ad domum*, *ad tabernam*, *ad stationem* como se recoge en D. 47,10,15,7.

⁶¹⁰ COLUM. 10,12: *Nam neque sicca placet, nec quae stagnata palude*

perpetitur querulae semper convicia ranarum.;

PHAEDR 1,6,5: *VI. Ranarum ad solem.*

Vicini furis celebres vidit nuptias

Aesopus et continuo narrare incipit:

Uxorem quondam Sol cum vellet ducere,

Clamorem ranarum sustulere ad sidera.

Convicio permotus quaerit Iuppiter

Causam querulae. Quaedam tum stagni incola:

«Nunc» inquit «omnes unus exurit lacus

Cogitque miseris arida sede emori.

Quidnam futurum est, si creantur liberos?»

⁶¹¹ CAPITOL, Ver, 5,1: *notissimum eius quidem fertur tale convivium, in quo primum duodecim accubuisse dicitur, cum sit notissimum dictum de numero convivarum: «septem convivium, novem vero convivium».*

*forensis strepitus*⁶¹²; de *convicium cantorum*⁶¹³, del *clamor* atque *convicium*⁶¹⁴ propio de los convivales.

Será en época ciceroniana (106-43 a.C) y marcadamente en época posterior cuando, junto al significado de *convicium* en el sentido de estrépito, conviva aquél de “desaprobación manifestada con palabras ofensivas”, esto es, de forma grave de *maledictum*.

La más antigua conexión entre *convicium* y *maledictum* es recogida por Cicerón en *Cael.6: maledictio autem nihil habet propositi praeter contumelia; quae si petulantius iactatur, convicium, si facetius, urbanitas nominatur*; y ésta se encuentra constantemente⁶¹⁵, a menudo en construcción de endíadis (expresando un solo concepto con dos nombres coordinados), hasta la tardía literatura cristiana⁶¹⁶. Mucho más difundido es el uso de *convicium* en conexión con el término *probrum*⁶¹⁷.

⁶¹² CIC, Arch. 12: *Quaeres a nobis, Gratti, cur tanto opere hoc homine delectemur. Quia suppeditat nobis, ubi et animus ex hoc forensi strepitu reficiatur et aures convicio defessae conquiescant.*

⁶¹³ CIC, Sest. 118: *sed quid ego populi Romani animum virtutemque commemoro, libertatem iam ex diuturna servitute dispicientis, in eo homine cui tum petenti iam aedilitatem ne histriones quidem coram sedenti pepercerunt? nam cum ageretur togata 'simulans,' ut opinor, caterva tota clarissima contentione in ore impuri hominis imminens contentione est: huic, Tite, tua post principia atque exitus vitiosae vitae—! sedebat exanimatus, et is qui antea cantorum convicio contiones celebrare suas solebat cantorum ipsorum vocibus eiciebatur. et quoniam facta mentio est ludorum, ne illud quidem praetermittam, in magna varietate sententiarum numquam ullum fuisse locum, in quo aliquid a poeta dictum cadere in tempus nostrum videretur, quod aut populum universum fugeret aut non exprimeret ipse actor.*

⁶¹⁴ CIC, Verr. 6,28: *Erant autem convivia non illo silentio populi Romani praetorum atque imperatorum, neque eo pudore qui in magistratuum conviviis versari soleat, sed cum maximo clamore atque convicio; non numquam etiam res ad pugnam atque ad manus vocabatur.*

⁶¹⁵ CIC, ad Q.fr.2,32: A. d. VIII. Id. Febr. Milo affuit: dixit Pompeius sive voluit, nam, ut surrexit, operae Clodianae clamorem sustulerunt, idque ei perpetua oratione contigit, non modo ut acclamatione, sed ut convicio et maledictis impediretur. SEN. Dial. 2,11,3: *Eadem causa est cur nos mancipiorum nostrorum urbanitas in dominos contumeliosa delectet, quorum audacia ita demum sibi in conuiuas ius facit, si coepit a domino; et ut quisque contemptissimus [et ut ludibrium] est, ita solutissimae linguae est. Pueros quidam in hoc mercantur procaces et illorum inprudenciam acuiunt ac sub magistro habent, qui probra meditate effundant, nec has contumelias uocamus sed argutias: quanta autem dementia est isdem modo delectari, modo offendi, et rem ab amico dictam maledictum uocare, a seruulo ioculari conuicium!;* SEN, Dial. 3,19,1; 4,25,4; QUIN. Decl. Maior V, 13 *'Quid, quod,' inquit, 'etiam luxuriosum praetulisti?' parce, iuuenis, maledictis, parce conviciis;*

⁶¹⁶ CLAUD, MAM. Anim p. 189,6; HIL c. Aux. 2

⁶¹⁷ TAC. Hist. 1,47: *Exacto per scelera die novissimum malorum fuit laetitia. vocat senatum praetor urbanus, certant adulationibus ceteri magistratus, adcurrunt patres; decernitur Othoni tribunicia potestas et nomen Augusti et omnes principum honores, adnitentibus cunctis abolere convicia ac probra, quae promisce iacta haesisse animo eius nemo sensit; omisisset offensas an distulisset breuitate imperii in*

La asunción de este nuevo significado de *convicium* en el sentido de *maledictum* gravemente ofensivo, determina la formación del neologismo *conviciari* (ofender) y lleva al uso, junto a *convicium*, de formas verbales distintas de *facere*, como *iacere*, *ingenere*, y sobretodo *dicere* (que indica el carácter de *maledictum* preeminentemente oral) y en el uso de *lacerare*, *laccessere*, *verberare* *convicio* junto a los adjetivos más frecuentes de *indignum*, *maledicum*, *petulans*, *probrosus*, *turpe*, *vulgare*⁶¹⁸.

Del análisis conjunto de las fuentes literarias presentadas podemos considerar documentas en el lenguaje común, la existencia de un doble significado del *convicium*, en el sentido de "estrépito de voces" (*clamor*) y en el sentido de "grave insulto verbal" (*maledicum*): el primero, más cercano al valor etimológico y presente como exclusivo en las obras de los cómicos, precede con toda probabilidad al segundo.

ELEMENTO OBJETIVO DEL ILÍCITO EDICTAL *DE CONVICIO ADVERSUS BONOS MORES*

Como hemos afirmado en el análisis sucinto al principio del capítulo el presupuesto de hecho del ilícito pretorio se encuentra tipificado en la cláusula edictal, recogida por Ulpiano en D. 47, 10, 15, 2: *Ait praetor: "qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo"*. Del texto se deduce -como

incerto fuit. Otho cruento adhuc foro per stragem iacentium in Capitolium atque inde in Palatium vectus concedi corpora sepulturae cremarique permisit. Pisonem Verania uxor ac frater Scribonianus, Titum Vinium Crispina filia composuere, quaesitis redemptisque capitibus, quae venalia interfectores servaverant.; SUET. Iul., 49: Pudicitiae eius famam nihil quidem praeter Nicomedis contubernium laesit, graui tamen et perenni obprobrio et ad omnium conuicia exposito. AMM., 20,4,17: Conclamabatur post haec ex omni parte nihilo minus, uno parique ardore nitentibus universis maximoque contentionis fragore probro et conviciis mixto, Caesar adsentire coactus est. inpositusque scuto pedestri et sublatius eminens nullo silente Augustus renuntiatus iubebatur diadema proferre, negansque umquam habuisse, uxoris colli vel capitis poscebatur.

⁶¹⁸ *Th.l.l. sv. convicium, convicior*

ha señalado BRAVO BOSCH⁶¹⁹- que la protección concedida por el pretor es dada ante hechos considerados muy graves en una sociedad romana que comienza a ser extremadamente sensible con todo aquello que afectaba a la buena reputación y al honor, por lo que los insultos en público *adversus bonos mores* son sancionados con severidad.

Por ello desde el momento en que el pretor acuerda la propia protección sólo contra determinadas formas de *convicium*, aquél objetivamente contrario a las *boni mores* de la ciudad y sobre las cuales las fuentes jurídicas son particularmente parcas⁶²⁰ en información, es necesario individualizar el elemento objetivo del delito *convicium adversus boni mores* con el objeto de determinar qué supuestos de difamación verbal eran contemplados en el cuadro de las fuentes literarias, hechos y acontecimientos típicos y configuraban la conducta punible. Pero al respecto tampoco las fuentes literarias son particularmente pródigas, siendo dos los casos dignos de mención.

Encontramos designados con el término *convicium* –pero sólo en las fuentes clásicas- aquellas formas de cantos extemporáneos con contenido obsceno y satírico que representan la supervivencia de los antiguos fesceninos: los *obscenis convicia rustica dictis* que tenían lugar en las fiestas campestres⁶²¹; los *festi convicia* que tenían lugar

⁶¹⁹ BRAVO BOSCH, *La injuria verbal* cit. p. 82.

⁶²⁰ D. 47,10,15,6 (Ulp. 57 ad ed): (*Idem ait "adversus bonos mores" sic accipiendum non eius qui fecit, sed generaliter accipiendum adversus bonos mores huius civitatis*). El hecho de que, en la época en la que se refiere el edicto, las *boni mores* eran apreciadas no a la luz de criterios especulativos sino que prácticamente era reconocido como correspondiente al bien común, induce a MANFREDINI (p. 64) a considerar que sólo en época clásica son prevalentes, en la valoración de las *boni mores*, elementos subjetivos, como la intención de acarrear *infamia* y *invidia* (así para Ulpiano en D.47,10,15,5: *Sed quod adicitur a praetore "adversus bonos mores" ostendit non omnem in unum collatam vociferationem praetorem notare, sed eam, quae bonis moribus improbatur quaeque ad infamiam vel invidiam alicuius specatret*) o la verificación del interés personal en la represión (Coll. 2,5,2 *Paul l.sing.tit.de iniuriis: Commune omnibus iniuriis est, quod semper adversus bonos mores fit idque non fieri alicuius interest*).

BRAVO BOSCH, *La injuria verbal* cit. p.98

⁶²¹ OV. *Met*, 14, 552: *addidit obscenis convicia rustica dictis*.

durante los matrimonios⁶²² y los triunfos de los comandantes⁶²³; los *canentium nocturna convicia*⁶²⁴, entendidos como formas de serenatas nocturnas en brigadas de amantes ¿Es posible considerar tales casos dentro del objeto reprimido por el pretor y configurar estos hechos como casos de *convicia adversus boni mores*? Parece ser que no. Según MANFREDINI⁶²⁵ se debe sin duda entender que estos hechos fuesen siempre considerados como lícitos y siempre lo fueron. La jocosidad⁶²⁶, la risa, el guiño complaciente o, quizá, incluso la supervivencia de concepciones religiosas, como la idea de la Némesis, sin duda determinantes en la época más antigua, deben haber favorecido la perpetuación de estos usos⁶²⁷. Las fuentes hablan de *festas convicia*⁶²⁸ en los que la *asperitas verborum cessit*⁶²⁹; éstas

⁶²² SEN, *Med*, 113: *festas dicax fundat convicia fescenninus, solvat turba iocos - tacitis eat illa tenebris*, LUC, 2,369:

*obsita funerea celatur purpura lana,
non soliti lusere sales, nec more Sabino
exceptis tristis convicia festa maritus*

⁶²³ MART, 7,8,7:

*Festas coronatus ludet convicia miles,
inter laurigeros cum comes ibit equos.
Fas audire iocos levioraque carmina, Caesar,
et tibi, si lusus ipse triumphus amat.*

⁶²⁴ SEN, *epist.* 5, 51,12: *Habitaturum tu putas unquam fuisse illic M. Catonem, ut praenavigantes adulteras dinumeraret et tot genera cumbarum variis coloribus picta et fluviantem toto lacu rosam, ut audiret canentium nocturna convicia? nonne ille manere intra vallum maluisset, quod in unam noctem manu sua ipse duxisset? Quidni mallet, quisquis vir est, somnum suum classico quam symphonia rumpi?*

⁶²⁵ MANFREDINI, *La diffamazione...*cit.p. 65.

⁶²⁶ Cuando en las fuentes se hace referencia a la licitud de la *petulantia verborum*, es insistente la referencia al juego y a la risa como motivos de justificación: *iocus, ludus* en AUS. *Opus*. VIII: *Hactenus castis auribus audiendum mysterium nuptiale ambitu loquendi et circuitione velavni Verum quoniam et Fescenninos amat celebritas nuptialis verborumque petulantiam notus vetere instituto ludus admittit, cetera quoque cubiculi et lectuli aperta produntur, ab eodem auctore collecta, ut bis erubescamus, qui et Vergilium faciamus impudentem. Vos, si placet, hic iam legendi modum ponite: cetera curiosis relinquit.* CLAUD, 14, 31; *versibus incomptis ludunt risuque soluto* (VERG. *Georg.* 2, 386); *fas audire iocos levioraque carmina*: MART. 7,8,9. Se trata probablemente de la supervivencia de la concepción de la “risa ritual” que, junto a aquella “laica” de *urbanitas* o *ricacitas*, ha quedado aceptada y largamente practicado el *maledictum*; que con toda probabilidad ha desarrollado un papel discriminatorio en la determinación en concreto de la responsabilidad del *maledicus* en el ámbito de la represión del insulto en la época republicana y clásica.

⁶²⁷ De este parecer es HUVELIN, *La notion*, p. 28 ; MARRONE, *Considerazioni*, p. 476 ss.

⁶²⁸ SEN, *Med*, 113; MART. 7,8,7; LUC, 2, 369.

⁶²⁹ OV, *met*, 14, 526.

*inprobat has pastor saltuque imitatus agresti
addidit obscenis convicia rustica dictis,
nec prius os tacuit, quam guttura condidit arbor:
arbor enim est, suoque licet cognoscere mores.
quippe notam linguae baxis oleaster amaris
exhibet: asperitas verborum cessit in illa.*

documentan ampliamente, como se ha visto, la costumbre de las serenatas nocturnas y todo ello lleva a la idea de que no diesen lugar a la aplicación de la *actio iniuriarum ex convicio*: se trata de hechos denominados *convicia* sólo en época clásica en virtud del significado del término como *maledictum*, pero, para retomar la definición de Cicerón, de tipo jocoso, que *urbanitas nominatur*.

El segundo supuesto es el uso de *convicium*, documentado por Cicerón, en casos de contestaciones por parte de una muchedumbre en las confrontaciones de ilustres personajes políticos. Cicerón en la carta *ad Att.* 2, 18, 1 escrita en julio del 59, dice que las personas del foro *Fufium clamoribus et conviciis et sibilis consectantur*. Se trata del pretor Q. Fufius Calenus, considerado impopular por la propuesta de una ley judicial que buscaba propaganda en el curso de una *contio*. Siempre Cicerón, en la carta *ad.fam.* 1,5 b⁶³⁰ afirma que Pompeyo *iactatus es clamore convicioque* por haber tomado la palabra a favor de Milón. Con toda probabilidad se trata de un acto de contestación realizado en el curso de un proceso comicial intentado por Clodio contra Milón o en el curso de una *contio* convocada por Pompeyo para defender a este último. En *Verr.* 2,158⁶³¹ Cicerón afirma que cuando se trató de adelantar la *quaestio* contra Verres, más precisamente cuando se debía proceder a la *subsortitio* de las decurias, sucedió que P. Curnius, amigo de Verres, comenzó a actuar con el fin de elegir en la decuria de los senadores todos aquéllos de su *consilium*, y el Arpinate encontró la fuerza de resistirlo en la *vis populi*, en el *clamor*

⁶³⁰ CIC, *ad fam.* 1,5 b,: *Posteaquam Pompeius et apud populum a.d. VIII. Idus Februarias, cum pro Milone diceret, clamore convicioque iactatus est in senatuque a Catone aspere et acerbè nimium magno silentio est accusatus, visus est mihi vehementer esse perturbatus;*

⁶³¹ *Hoc modo iste sibi et saluti suae prospicere didicit referendo in tabulas et privatas et publicas quod gestum non esset, tollendo quod esset, et semper aliquid demendo, mutando, interpolando; eo enim usque progreditur ut ne defensionem quidem maleficiorum suorum sine aliis maleficiis reperire possit. Eius modi subsortitionem homo amentissimus suorum quoque iudicum fore putavit per sodalem suum Q. Curtium, iudicem quaestionis; cui ego nisi vi populi atque hominum clamore atque convicio restitissein, ex hac decuria vestra, cuius mihi copiam quam largissime factam oportebat, quos iste adnuerat in suum consilium sine causa subsortiebatur.*

atque convicium hominum que el comportamiento de Curnius había suscitado.

Asconio, en *Corn.* 58 C afirma que, cuando en el 67 a.C, el tribuno C. Cornelio propone, contra la oposición del senado, al pueblo la ley *de legibus solvendo*, interviene en la asamblea el cónsul C. Pisón quien *vehementer quereretur tollique tribuniciam intercessionem diceret, gravi convicio a populo exceptus est; et cum ille eos qui sibi intentabant manus prendi a lictore iussissetm, fracti eius fasces sunt lapidesque etiam ex ultima contione, in consulem iacti...*

Significativo es también el texto de Cicerón en *Verr.* 4, 141⁶³², donde se dice que la petición de *laudatio* a favor de Verres fue rechazada, parece por el senado siracusano, *cum maximo clamore et convicio*; así también en *Caes.* b.c 1,2⁶³³, donde se afirma que los senadores disidentes hicieron así que *Marcellus perterritus conviciis a sua sententia discessit*.

Por último, se recuerda por boca de Cicerón en *Rosc. Com.* 30⁶³⁴ que el comediante Eros fue sacado de la escena *non solum sibilis sed etiam convicio*.

Todo este grupo de de testimonios, que documentan el significado de *convicium* en el sentido de clamor, griterío y no de *maledictum*, nos ofrecen –según MANFREDINI⁶³⁵- el ejemplo de los hechos sobre los que debía haberse especialmente referido el pretor

⁶³² *De laudatione autem ratio sic mihi reddita est. Primum, cum a C. Verre litterae aliquanto ante adventum meum de laudatione venissent, nihil esse decretum; deinde, cum quidam ex illius amicis commonerent oportere decerni, maximo clamore esse et convicio repudiatos;*

⁶³³ *Hi omnes convicio L. Lentuli consulis correpti exagitabantur. Lentulus sententiam Calidii pronuntiaturum se omnia negavit. Marcellus perterritus conviciis a sua sententia discessit.*

⁶³⁴ *Quod item nuper in Erote comoedo usu venit; qui postea quam e scaena non modo sibilis sed etiam convicio explodebatur*

⁶³⁵ MANFREDINI, *La diffamazione* cit.p. 74

en la emanación del edicto *de convicio adversus bonos mores*: formas de contestación de grupo, de protesta hostil manifestada con griterío, alboroto, silbidos, seguramente *adversus bonos mores* si eran dirigidas contra los magistrados o personajes ilustres en el curso de las *contiones*.

Como detrás de la antigua *obvagulatio*, y al *pipulus*, así como detrás del *convicium* se esconde, con toda probabilidad una forma de autojusticia consistente en la denuncia pública de una injusticia sufrida, realizada a través de gritos, burla y otros rumores vocales⁶³⁶. El pretor se ocupa de ella y la considera ilícita cuando es realizada por varias personas (en Plauto y Terencio el *convicium*, aún cuando proferido en público, parece ser del todo lícito aunque sea realizado por un individuo). Cuando esta denuncia se realiza contra magistrados en las *contiones*, asume las formas de grave turbación de la paz pública⁶³⁷, de *seditio* y así, desde el punto de vista de la *civitas*, es la violación del orden público. No obstante hay que señalar que esta interpretación sólo seguida por este autor. La communis opinio considera que las notas características del *convicium* son el hecho de elevar al voz, cum vociferaciones, y con intención de lesionar el honor de otra persona –sin tener en consideración el estatus de la misma– y siempre y cuando confluyan la presencia de un grupo de personas ante las que se realice la vocería⁶³⁸.

Sin embargo analizando los testimonios jurídicos en torno al significado de *convicium a.b.m* recogido en el edicto del pretor se encontrará una doble noción: *convicium a.b.m* como griterío, clamor colectivo (*vociferatio*) y como insulto gritado en alta voz o proferido

⁶³⁶ USENER, *Ital. Volksj.* p. 376 quien sin embargo habla de formas de justicia ilícitas colectivas.

⁶³⁷ En esta línea de pensamiento parece MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte*, p. 43 quien habla de disturbio en el sentido de percibido a través “Erregung ruhestorenden Lärms” y de *convicium* extraño a la difamación.

⁶³⁸ BRAVO BOSCH, *La injuria verbal* ...cit, 94.

en presencia de terceros (*maledictum cum vociferatione e in coetu*) siendo la primera quizá cronológicamente anterior a la segunda.

En primer lugar Ulpiano recoge la cláusula edictal *de convicio* en D. 47,10,15,2⁶³⁹ (Ulp. l.57 ad ed) donde no se dice nada sobre el significado de *convicium adversus bonos mores*. En el siguiente fragmento párrafo 3 Ulpiano afirma que para Labeón el *convicium* es una *iniuria* (*convicium iniuriam esse labeo ait.*). Al respecto ahora nos limitamos a recordar la extraordinaria importancia que en el régimen clásico de la *iniuria* ha tenido la relevancia de la *interpretatio labeoniana* de la *iniuria-contumelia* que, a propósito del *convicium*, ya se manifestaba en la época de la *Rhetorica ad Herenium*⁶⁴⁰; pero del *convicium* como *iniuria* nos ocuparemos dentro de poco; ahora nos interesa la noción edictal del *convicium* en vigor hasta el momento de la elaboración del concepto de *iniuria-contumelia* que caracterizó el régimen clásico del delito de *iniuria*. Por ello analicemos el texto recogido en

D.47,10,15,4 (Ulp. l.57 ad ed):

Convicium autem dicitur vel a concitatione vel a conventu, hoc est a collatione vocum. cum enim in unum complures voces conferuntur, convicium appellatur quasi convocium.

(Mas se dice vocerío (convicium), o de concitación, o de congregación (conventu), esto es, reunión de voces; porque cuando muchas voces se reúnen en una se llama vocería (convicium), así como concurrencia de voces).

El interés que dicho fragmento ha desatado en la doctrina le parece a MANFREDINI injustamente circunscrita al único problema

⁶³⁹ *Ait praetor: "qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret: in eum iudicium dabo".*

⁶⁴⁰ *Rhet. Her. 4, 35: "Iniuriae sunt, quae aut pulsatione corpus <aut> convicio auris aut aliqua turpitudine vitam cuiuspiam violant."*

sobre quién podía hacer *convicium*, si sólo una pluralidad de personas o también uno solo. HENDRICKSON, seguido por RABER⁶⁴¹, oponiéndose a la opinión común según la cual del fragmento se recababa que solamente un grupo podía realizar un *convicium*, pone el acento sobre la diferenciación en éste establecida entre *vel a concitatione vel a conventu, hoc est a collatione vocum*: la *concitatio* individualizaría el caso del individuo que, como soliviantador e instigador de una turba, podía ser culpable de *convicium* independientemente de la participación del grupo. WITTMANN⁶⁴², oponiéndose a esta opinión, sostiene que Ulpiano se ha limitado a proyectar en el fragmento un cuadro –parcial porque faltaría aquélla de *vicus*- de las etimologías del término *convicium*; la primera: *vel a concitatione vel a conventu, hoc est a collatione vocum*; la segunda, para la que Ulpiano se decanta: *cum enim rell., convicium appellatur quasi convocium*.

En opinión de MANFREDINI la única locución en la que se expresa la interpretación etimológica del término es *convicium appellatur quasi convocium*. Las otras palabras -*concitatio, conventus, collatio vocum*- intentan describir el *convicium* desde un punto de vista fatuo, fenoménico: el *convicium adversus bonos mores* es la *collatio vocum* que deriva por una *concitatio*⁶⁴³ (el motín, la sublevación rumorosa de una multitud que, por lo general, es

⁶⁴¹ HENDRICKSON, *Convicium*, p. 117; RABER, *Grundlagen.*, p.27 y ss quien retoma la idea de que también un individuo puede realizar *convicium* argumentando con D.47,10,15,12, donde los requisitos *cum vociferatione* (insulto pronunciado en alta voz) e *in coetu* (en público) se podría entender como referidos no necesariamente a una pluralidad de sujetos agentes siempre que se haga depender la locución *quod in coetu dictum est* por *plures dixerint*. Pero así entendida, nos parece que la locución *in coetu* describiría el hecho del *convicium* hecho por más personas y no el requisito de la publicidad, esto es, el *convicium* hecho en presencia de terceros, independientemente del número de los agentes; significado que el autor nos parece que atribuye en cambio a *in coetu*. A ulteriores pruebas que de el *convicium* puede ser realizado por uno solo el autor aduce D.47,10,34 (*Gaius 13 ad ed. provinc. Si plures servi simul aliquem ceciderint aut convicium alicui fecerint, singulorum proprium est maleficium et tanto maior iniuria, quanto a pluribus admissa est. immo etiam tot iniuriae sunt, quot et personae iniuriam facientium*).

⁶⁴² WITTMANN, *Die Entwicklungslinien*, p. 308.

⁶⁴³ *TH.l.l.* sv. *concitatio*; signi I, en sentido propio, *vehemens motus, excitatio, agitatio*; II, en sentido trasladado *motus, incitatio populi, militum, multitudinis*.

promovido por un *concitator*⁶⁴⁴ o por un *conventus*⁶⁴⁵ (esto es *coetus*⁶⁴⁶, *contio*:⁶⁴⁷ agregaciones de hombres).

Este primer significado de *convicium* como *collatio vocum* que Ulpiano afirma es precisado como *vociferatio* (clamores) *in unum collata* en el siguiente párrafo 5. Ésta es con toda probabilidad la más antigua noción edictal de *convicium*; la *vociferatio in unum collata*, esto es, el rumoroso estrépito que deriva de más gritos que se funden en uno y que ha resuelto el pretor en intervenir es, con toda probabilidad según este autor, aquélla que se eleva de la turba en signo de protesta contra los magistrados o personajes ilustres, normalmente en el curso de *contiones*. Los fragmentos de Cicerón (Asconio) citados antes nos parecen significativos al respecto⁶⁴⁸; en éstos se habla expresamente de *convicium* y de *clamor*.

Para confirmar esta idea no se debe olvidar, en opinión de MANFREDINI, que el edicto *de convicio* fue emanado en época bastante remota –es considerado el primero de los edictos

⁶⁴⁴ TH.I.I. sv. *concitator*: el provocador de una multitud, de una sedición; en este sentido D.49,1,16: *Modestinus 6 diff. Constitutiones, quae de recipiendis nec non appellationibus loquuntur, ut nihil novi fiat, locum non habent in eorum persona, quos damnatos statim puniri publice interest: ut sunt insignes latrones vel seditionem concitatores vel duces factionum.* ; 48,19,38,2: *Paulus 5 sent: Actores seditionis et tumultus populo concitato pro qualitate dignitatis aut in furcam tolluntur aut bestiis obiciuntur aut in insulam deportantur.*; PS, 5,22,1: *Auctores seditionis et tumultus vel concitatores populi pro qualitate dignitatis aut in crucem tolluntur aut bestiis obiciuntur aut in insulam deportantur.*

⁶⁴⁵ TH.I.I. sv. *conventus*: signi. I.A: *concursum, congregatio*. Pero sobretodo se lee en PAUL. DIAC. sv. *conventus* (L.36): *conventus quattuor modis intelligitur. Uno cum quemlibet hominem ab aliquo conventu esse dicimus. Altero, cum significatur multitudo ex compluribus generibus hominum contracta in unum locum. Tertio, cum a magistratibus iudicii causa populus congregatur. Quarto cum aliquem in locum frequentia hominum supplicationis aut gratulationis causa conligitur.*

⁶⁴⁶ Sobre la relación entre *conventus* y *coetus* ver ISID. Etym.. 6,16,13: *coetus vero conventus est vel congregatio, a coeundo, id est conveniendo in unum. Unde conventum est nuncupatum, sicut conventus coetus vel concilium, a societate multorum in unum.*

⁶⁴⁷ Sobre la relación entre *conventus* y *contio* cf. PAUL.DIAC, sv. *contio* (L.34): *contio significat conventum, non tamen alium, quam eum, qui a magistratu vel a sacerdote publico praeconem convocatur*; sv. *in conventione* (L.100): *in conventione in contione.*

⁶⁴⁸ Un episodio semejante es narrado en SEN, *dial*, 2,1,3 (*Nuper cum incidisset mentio M. Catonis, indigne ferebas, sicut es iniquitatis inpatiens, quod Catonem aetas sua parum intellexisset, quod supra Pompeios et Caesares surgentem infra Vatinius posuisset, et tibi indignum uidebatur quod illi dissuasuro legem toga in foro esset erepta quodque a rostris usque ad arcum Fabianum per seditiosae factionis manus traditus uoces improbas et sputa et omnis alias insanae multitudinis contumelias pertulisset.*) es considerado como ejemplo de *convicium* por MASCHKE, *Die Persönlich...* p. 44.

especiales- cuando la *libertas immoderata ac licentia contionum*⁶⁴⁹ de la tardía época republicana no existía sino como fenómeno excepcional. Además hay que tener en cuenta que estos acontecimientos fueron probablemente bien pronto absorbidos en la esfera criminal por obra de las primeras leyes *de maiestate* o *de vi*⁶⁵⁰. Así Ulpiano comentando el crimen *maiestatis ex lege Iulia* afirma en

D. 48,4,1,1, (l.7 de *off. proc*):

*Maiestatis autem crimen illud est, quod adversus populum romanum vel adversus securitatem eius committitur. quo tenetur is, cuius opera dolo malo consilium initum erit, quo obsides iniussu principis interciderent: quo armati homines cum telis lapidibusve in urbe sint convenientve adversus rem publicam, locave occupentur vel templa, **quove coetus conventusve fiat hominesve ad seditionem convocentur:** cuiusve opera consilio malo consilium initum erit, quo quis magistratus populi romani quive imperium potestatemve habet occidatur: quove quis contra rem publicam arma ferat: quive hostibus populi romani nuntium litterasve miserit signumve dederit feceritve dolo malo, quo hostes populi romani consilio iuventur adversus rem publicam: quive milites sollicitaverit concitaveritve, quo seditio tumultusve adversus rem publicam fiat:*

⁶⁴⁹ CIC, Flac. 16: *Graecorum autem totae res publicae sedentis contionis temeritate administrantur. Itaque ut hanc Graeciam quae iam diu suis consiliis perculsa et adflicta est omittam, illa vetus quae quondam opibus, imperio, gloria floruit hoc uno malo concidit, libertate immoderata ac licentia contionum. Cum in theatro imperiti homines rerum omnium rudes ignarique consederant, tum bella inutilia suscipiebant, tum seditiosos homines rei publicae praeficiebant, tum optime meritis civis e civitate eiciebant..* CIC. Att.1,16;; 4,3,4;14,20,2. Sobre el fenómeno de la *contio* véase HUMBERT, sv. *contio* en DS I. 2., p. 1485;

⁶⁵⁰ Observaciones en parte semejantes se encuentran en MASCHKE, p. 44 . Pero no obstante debe leerse PS. 5,26,3: *Lege Iulia de vi privata tenetur, qui quem armatis hominibus possessione domo villa agrove deiecerit expugnaverit obsederit clausurit, idve ut fieret homines commodaverit locaverit conduxerit: quive coetum concursum turbam seditionem incendium fecerit, funerari sepelirive aliquem prohibuerit, funusve eripuerit turbaverit: et qui eum, cui aqua et igni interdictum est, receperit celaverit tenuerit: quive cum telo in publico fuerit, templa portas aliudve quid publicum armatis obsederit cinxerit clausurit occupaverit. Quibus omnibus convictis, si honestiores sunt, tertia pars bonorum eripitur et in insulam relegantur: humiliores in metallum damnantur.*

(Mas es delito de majestad el que se comete contra el pueblo romano, o contra su seguridad; del cual es responsable aquél por cuya obra y dolo malo se hubiere formado designio para que sin orden del Príncipe se vayan los rehenes, para que haya en Roma hombres armados con dardos o piedras, y se reúnan contra la república, o se ocupen lugares, o templos, o se verifiquen juntas o reuniones, o se convoquen hombres para una sedición; o aquél por cuya obra, consejo, o dolo malo se hubiere formado designio para que sea muerto un magistrado del pueblo romano, o el que tiene imperio o potestad, o para que alguno lleve armas contra la república; o el que hubiere enviado mensajero, o carta, a. los enemigos del pueblo romano, o hubiere dado una señal, o hubiere obrado con dolo malo, para que los enemigos del pueblo romano sean favorecidos en su designio contra la república; o el que hubiere solicitado, o concitado, a los militares, para que se haga sedición, o tumulto contra la república)

Es importante la correspondencia entre estos términos y aquéllos usados por el jurista en la explicación de la noción edictal de *convicium*.

Hemos ya visto que Paulo Diácono glosa el término *incomitiare* con las siguientes palabras: *incomitiare significat tale convicium facere, pro quo necesse sit in comitium, hoc est in conventum, venire*. Pero tales manifestaciones de hostilidad, además de dirigidas, *in contione*, contra *principes civitatis*, debían ser objetivamente contrarias a las *boni mores* incluso en otros casos.

Paulo afirma en

D. 48,7,4 pr (l.55 *ad ed*): *Legis iuliae de vi privata crimen committitur, cum coetum aliquis et concursus fecisse dicitur, quo minus quis in ius produceretur.*

(Se comete el delito de la ley Julia sobre la violencia privada, cuando se dice que alguien hizo reunión y concurso para que uno no fuese presentado en juicio)

Por ello es legítimo pensar que, antes de las leyes criminales *de vi*, el hecho de llamar a un grupo de gente para impedir que alguno, intimidado por el grito hostil de una turba, comparecer *in ius*, fuese un caso de *convicium adversus bonos mores* pero es probable que los fuese también cuando se recurría al grupo para constreñir a intervenir *in ius* o para denunciar públicamente injusticias sufridas.

A la luz de estos apuntes MANFREDINI cree razonablemente que se pueda con relativa seguridad afirmar que los más antiguos casos de *convicium adversus bonos mores* no tenían nada que ver con la difamación a través de palabras específicamente ofensivas sino que eran entendidos como una forma de *sedition*, no, por usar las palabras de Modestino, del tipo *atrox*, sino de aquella sublevada *intra vociferationem aut levem querellam*⁶⁵¹. Y así entiende que es la primera noción edictal de *convicium adversus bonos mores*, se hacía responsable de este ilícito a quien tomaba parte en manifestaciones colectivas de protesta pública, quien participaba en la *vociferatio in unum collata*. Semejantes hechos implican ordinariamente una pluralidad de personas, que deben ser provocados por un instigador, dan pie a la formulación de la cláusula edictal donde, junto al participante individual del *convicium*, expresamente se menciona al instigador o al oculto mandante, tal y como recoge Ulpiano en:

⁶⁵¹ D. 49,16,3, 20 (Mod. L.4 *de poen*): *Si intra vociferationem aut levem querellam sedition mota est, tunc gradu militiae deicitur.*

D. 47,10,15,8 (l.57 ad ed):

Fecisse convicium non tantum is videtur, qui vociferatus est, verum is quoque, qui concitavit ad vociferationem alios vel qui remisit ut vociferentur.

(Se considera que «hizo vocería» no solamente el que vociferó, sino también el que concitó a otros para la vociferación, o el que los envió para que vociferasen)

Con posterioridad Ulpiano refiere una segunda y más evolucionada noción edictal de *convicium adversus bonos mores* en:

D.47,10,15,11.12 (l.57 ad ed):

Ex his apparet non omne maledictum convicium esse: sed id solum, quod cum vociferatione dictum est, sive unus sive plures dixerint, quod in coetu dictum est, convicium est: quod autem non in coetu nec vociferatione dicitur, convicium non proprie dicitur, sed infamandi causa dictum.

(De esto resulta, que no toda mala expresión es vocería, sino solamente aquélla que se dijo con vociferación.

Ya si uno solo, ya si muchos hubieren dicho lo que se dijo en una reunión, hay vocería, mas lo que no se dice en una reunión, ni con vociferación; no se llama propiamente vocería, sino dicho para infamar)

Es aquí donde por primera vez Ulpiano define el *convicium* como *maleficium*, interpretándolo como la palabra o la locución injuriosa. Pero se trata de un *maledictum* especial, es un *maledictum* correspondiente a dos requisitos: ser pronunciado *cum vociferatione* e *in coetu*. Si es claro el significado del primer requisito, por el cual el *maledictum* debe ser pronunciado en voz alta, con clamor, el segundo en cambio plantea problemas. Ulpiano, con la locución *in coetu*,

entiende que el *maledictum* debe ser pronunciado en presencia de un grupo. La opinión común, es en el sentido de que Ulpiano entiende *in coetu* como “en público”⁶⁵², públicamente. Pero según MANFREDINI⁶⁵³ parece evidente el cambio interpretativo intervenido respecto a la precedente noción de *convicium*: allá se tiene *convicium* cuando tiene lugar una *vociferatio* por parte de un *coetus* (*conventus, contio*); aquí la *vociferatio* y el *coetus* son dos requisitos especiales del *maledictum* (exactamente *cum vociferatione e in coetu*).

Esta segunda noción edictal de *convicium* plantea al menos dos interrogantes sobre si el individuo aislado además del grupo puede cometer *convicium* y si los dos requisitos *cum vociferatione e in coetu* son entendidos conjuntamente en el sentido de que por haberse *convicium*, el *maledictum* debía realizarse en voz alta y en público, o bien individualizan dos casos de *convicium*: aquél *cum vociferatione* incluso si proferido en ausencia de público y aquél *in coetu* incluso si proferido no en voz alta (además obviamente del *convicium* proferido contemporáneamente en público y en voz alta).

A la primera pregunta es pacíficamente aceptado en la doctrina que el *convicium* puede ser realizado también por una sola persona y a este respecto Ulpiano es muy claro: *sive unus sive plures*; por tanto puede cometer *convicium* también quien actúa solo prescindiendo del hecho de que participe en un grupo. Pero el individuo aquí considerado no es el eventual instigador o provocador que azuza al grupo a la contestación, a la que hace referencia la cláusula edictal referida a la más antigua noción de *convicium*; sino que él solo realiza un *maledictum*; y aquí es donde se advierte que uno de los elementos de mayor novedad de esta noción más evolucionada de

⁶⁵² BRAVO BOSCH, La injuria verbal...cit con

⁶⁵³ MANFREDINI, *La diffamazione* cit. p. 72 ss

convicium que deja así de configurarse como ilícito en el que el agrupamiento es elemento esencial.

Respecto a la segunda pregunta sobre la relación conjuntiva o disyuntiva de los dos requisitos *cum vociferatione* e *in coetu*, debemos decir que el fragmento de Ulpiano no ofrece una respuesta segura. Sobre esto ha intervenido de manera significativa BESELER⁶⁵⁴ quien propone la siguiente reconstrucción: *Ex his apparet non omne maledictum convicium esse: sed id solum <in coetu> cum vociferatione dictum est, sive unus sive plures dixerint, [quod in coetu dictum est,] convicium est* rell.

Según esta interpretación los requisitos *cum vociferatione* e *in coetu* se entienden como interdependientes: si el *maledictum* no es pronunciado contemporáneamente en voz alta y en público no hay *convicium* sino *infamandi causa dictum*. En realidad, el único modo de llegar a este resultado es modificar el texto de Ulpiano en el sentido proyectado por BESELER; de otro modo, no es posible sostener que los dos requisitos sean sin duda entendidos por Ulpiano cumulativamente⁶⁵⁵.

Al contrario, la impresión inmediata que se recaba de la lectura del fragmento es que el jurista ha querido expresar dos hipótesis distintas de *convicium*: el *maledictum cum vociferatione* incluso no proferido en presencia de terceros, y el *maledictum in coetu* incluso si pronunciado en baja voz⁶⁵⁶. La doble previsión aparece más

⁶⁵⁴ BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen 1910, p 117.

⁶⁵⁵ Por una lectura cumulativa se declara WITTMANN, *Die Entwicklungslinien*.p. 310 quien si embargo rechaza la reconstrucción de BESELER sosteniendo de la afirmación ulpiniana, por la que *solum, quod cum vociferatione...convicium est* se recoge que no era posible un *convicium sine vociferatione*. Pero el autor no tiene en cuenta la paralela afirmación del jurista *sed id solum...quod in coetu dictum est, convicium est*, que parece aislar una hipótesis de *convicium* como *maledictum in coetu*, distinta del *convicium* como *maledictum cum vociferatione*.

⁶⁵⁶ Esta idea es avanzada como posible pero no cierta por RABER, quien a este propósito habla citando a MOMMSEN de “Verallgemeinerung und Verflachung” del originario significado de *convicium* que en época clásica significaría por tanto la nuda iniuria verbal públicamente proferida incluso sin *vociferatio*;

evidenciada cuando se hace depender la locución *sed id solum...quod in coetu dictum est* de *convicium est* y de la locución *sed id solum...cum vociferatione dictum est*. Y esta interpretación parece confirmada a MANFREDINI de las sucesivas palabras ulpianas *quod autem non in coetu nec vociferatione dicitur, convicium non proprie dicitur, sed infamandi causa dictum*; ciertamente si en el lugar de *nec* el jurista hubiera usado *aut non*, no quedaría duda sobre la necesidad de entender los dos requisitos disyuntivamente. Sin embargo recientemente ha sido considerado por BRAVO BOSCH que resulta clara la necesidad de que ambos supuestos se den a la vez⁶⁵⁷, es decir: si existe vociferación, pero no presencia de un grupo de gente, no existirá *convicium* y al revés. Esta obligación cumulativa de ambos supuestos se produce porque en ausencia de alguno de los requisitos, estaríamos ante el *infamandi causa dictum*, y no ante un caso propio de *convicium*⁶⁵⁸.

Pero, a pesar de esta incertidumbre que se plantea MANFREDINI parece que se pueda correctamente decir que Ulpiano nos habla de una noción edictal de *convicium* más evolucionada con estos elementos: 1) la pronunciación de un *maledictum* en voz alta (proferido no en presencia de público pero de cualquier modo idóneo para ser oído puesto que es gritado); 2) la pronunciación de un *maledictum* en público, en alta voz o a voz normal porque de cualquier modo era destinado a ser oído: en ambos casos era perseguible tanto quien actuaba solo (*unus*) como quien hacía su parte en un grupo (*plures*).

Asimismo MANFREDINI piensa que esta segunda noción jurídica de *convicium adversus bonos mores*, en el sentido de *maledictum* proferido *in coetu* o *cum vociferatione*, acompañase a la primera y

WITTMANN, rechaza totalmente tal idea considerando que no es posible el *convicium* sin *vociferatio*.

⁶⁵⁷ Así lo mantiene autores tales como PUGLIESE y TALAMANCA.

⁶⁵⁸ BRAVO BOSCH, *La injuria verbal...*cit. pp. 94-95. con bibliografía en nota 291 y 292.

después lentamente sustituyese a ésta en el desarrollo del siglo II a.C. A esta idea se llegaría con la lectura de los fragmentos de la *Rhetorica ad Herennium* donde se narran los procesos que los poetas Accius y Lucilius promoviesen contra un mimo y un autor que los había insultado en escena.

Rhet. Her. 1, 24: Mimus quidam nominatim Accium poetam conpellavit in scaena. Cum eo Accius iniuriarum agit. Hic nihil aliud defendit nisi licere nominari eum, cuius nomine scripta dentur agenda. (durante una representación, un mimo mencionó por su nombre al poeta Acio. Acio se querella por injurias contra él. Éste no tiene otra defensa que alegar que es lícito mencionar a una persona bajo cuyo nombre se representan dramas en la escena) Y *Rhet. Her. 2, 13, 19: <C.> Caelius iudex absolvit iniuriarum eum, qui Lucilium poetam in scaena nominatim laeserat, P. Mucius eum, qui L. Accium poetam nominaverat, condemnavit (Cayo Celio, actuando como juez, absolvió de la acusación de injurias a uno que había ofendido al poeta Lucilio al mencionarlo por su nombre en una representación teatral, mientras que Publio Mucio condenó a otro que había mencionado al poeta Lucio Acio)*

El proceso intentado por Accius y juzgado con sentencia de condena por P. M. Scaevola es probablemente el más antiguo que recogen las fuentes literarias; presuponiendo adquirida la notoriedad del poeta, tal proceso se sustanciaría entre el 140 y 139 a.C y el intentado por Lucilius entre el 106 y 103⁶⁵⁹ (o para algunos no después del 115 a.C)⁶⁶⁰ a.C. Sobre el fundamento de esta acción las opiniones aparecen diversificadas pero prevalece, sin duda, la idea de

⁶⁵⁹ Para estas fechas ver HUVELIN, *La notion*, cit, p.32 ss.

⁶⁶⁰ MARX. C, *Lucilii carminum reliquiae*, I, Lipsae 1904, p. XVII, donde el proceso es considerado como antecedente al procedimiento censorio contra los actores exactamente sucedido en el 115.

que se trate de una aplicación de la *actio iniuriarum ex edicto de convicio*⁶⁶¹.

Aceptada la mencionada interpretación por la doctrina ha sido planteado por MANFREDINI incluso que se admita que nos encontramos frente a dos casos para los que se ha operado un ampliación de la noción originaria de *convicium*. En efecto, estos casos no son absolutamente reconducibles a una *vociferatio in unum collata* realizada por un grupo; el autor del hecho es un solo actor; el hecho no es una *vociferatio*, un *clamor*, pero con toda probabilidad consiste en la pronunciación de palabras gravemente alusivas que *compellant* a quien ha sido blanco de ellas. Tal hecho sucede en el teatro, *in coetu*, y su ilicitud parece depender de la circunstancia de que se pronuncie explícitamente el nombre de a quien son dirigidas las palabras ultrajosas.

En esta circunstancia MANFREDINI intenta aplicar a la represión privada del *maledictum* la regla de comportamiento, de probable origen griego, que vetaba la *ομασσι κωμωδειν* (ataque dirigido nominativamente desde la escena) y que fue asumida en Roma en época bastante remota como criterio de represión coercitiva de la *poetarium licentia* del escenario, esto es, del así llamado *malum carmen conditum*. A esta regla parece referirse Ulpiano cuando habla en el párrafo 9 de *convicium* contra persona cierta: D.47,10,15,9: "*cui*" *non sine causa adiectum est: nam si incertae personae convicium fiat, nulla executio est* (No sin causa se añadió «a alguien»; porque si se le hiciera vocería a una persona incierta, no hay ninguna acción para perseguir)

⁶⁶¹ En este sentido HUVELIN, *La notion*, cit, p. 102; BRECHT, sv. *occenatio*, col.1762; WITTMANN, *Die Entwicklungslinien*, p. 312. En contra SMITH *The Law*, p.171 quien sostiene la hipótesis de una aplicación del edicto *ne quid infamandi causa fiat*; WATSON, *The Development*, p. 38 quien habla de una extensión de la *actio iniuriarum ex generali edicto*.

El pretor, comenzando con el *maledictum* pronunciado nominativamente en la escena, se presta a proteger a los ciudadanos de toda forma de insulto oral (el insulto escrito vendrá en consideración en época más avanzada) pronunciado en público, o bien en ausencia de público pero con voces tales que pudiera ser oído por terceros. Naturalmente, gracias al hecho de que la *actio iniuriarum* era *in bonum et aequum concepta*, podía darse que, incluso en presencia de estos requisitos, como en el caso de Lucilius, no se pronunciase alguna condena.

No obstante, parte de los estudiosos consideran que la noción de *convicium* proyectada en los fragmentos de Ulpiano discutidos es la noción clásica de *convicium*⁶⁶², exactamente correspondiente a aquella originaria prevista en el edicto, teoría rebatida por MANFREDINI por considerarla errada ya que Ulpiano trata el *convicium alicui facere* (proyectando como se ha visto dos distintas configuraciones) no en la perspectiva de la noción jurídica vigente a su tiempo -que entendía el *convicium* como un caso de *iniuria-contumelia*-, sino en la perspectiva histórica del desarrollo edictal del delito de *iniuria*⁶⁶³ caracterizado, como ya hemos expuesto, por la emanación, por obra del pretor, de una serie de edictos (*de convicio*, *de adtemptata pudicitia*, *de infamandi causa facto...* etc), con los que se prometía la concesión de una *actio iniuriarum* para los hechos

⁶⁶² RABER, *Grundlagen* p. 28 quien, después de haber considerado como posibilidad que incluso el *convicium sine vociferatione* fuese contemplado por Ulpiano, define la noción clásica de *convicium a.b.m* como el hecho de quien, una sola persona o un grupo, con voces vehementes (*cum vociferatione*) y en un grupo (*in coetu*) pronuncia un insulto (*Schmähung*) o un ofensa al honor (*Ehrenkränkung*) que contrasta con las buenas costumbres de la ciudad. Otras reglas y requisitos del *convicium* serían: 1. la *capacitas doli* del autor, que puede ser incluso el simple mandante o instigador además del artífice directo. 2. la certeza de la persona contra la que el *convicium* es dirigido, lo cual no implica que de tal persona se deba conocer la exacta identidad; 3. el *convicium* puede realizarse incluso en ausencia de la víctima; 4. el *convicium* produce *infamia* que puede ser directamente decretada por el juez de apelación si el *convicium* está contenido en el acto de apelación y vuelto contra el juez a quo. 5. el *convicium* da lugar a una pena *extra ordinem*, como el *exilium* temporal, cuando es perseguido *extra ordinem*; 6. la *actio iniuriarum ex convicio* es tendencialmente intransmisible.

⁶⁶³ A tal perspectiva histórica los compiladores han dedicado el fragmento 15 de D.47,10 donde Ulpiano analiza las diversas cláusulas edictales en el orden en las que figuraban en la redacción juliana del edicto. En el ámbito del fragmento ulpiniano, a la noción edictal de *convicium* son dedicados los parágrafos del 2 al 14.

previstos en el edicto, y de la sucesiva subsunción de los distintos supuestos particulares en el concepto unitario de *iniuria-contumelia* elaborado por la jurisprudencia.

Ulpiano, en los fragmentos citados, trata de la noción edictal del *convicium* y de sus relaciones con otros supuestos edictales, en un momento histórico en el que el edicto era el fundamento de la acción; pero esto no sucede en época clásica cuando el *maledictum* ya no es reprimido como *convicium ex edicto de convicio*, sino a título de *iniuria*. De este modo sólo en una perspectiva de análisis histórico de los antiguos supuestos edictales y de sus posibles recíprocas interferencias se explican las afirmaciones de Ulpiano para el que, en el ámbito de las injurias verbales, se debe distinguir entre *appellare* (que es *blanda oratione alterius pudicitiam adtemptare*)⁶⁶⁴, *convicium facere* (proferir *maledicta cum vociferatione* o *in coetu*)⁶⁶⁵, *infamandi causa dicere* (pronunciar *maledicta* sin voz alta ni en público)⁶⁶⁶ y *turpibus verbis uti*⁶⁶⁷ que no entra en alguno de los supuestos edictales, y es perseguible sólo a título de *iniuria-contumelia*.

Estas distinciones entre los diversos supuestos edictales que sin duda Ulpiano toma de la tradición de los comentarios *ad edictum*, han perdido su peso jurídico y su actualidad en el momento en el que el concepto de *iniuria-contumelia* ha sido asumido para designar unitariamente un delito, precisado en sus presupuestos objetivos, que ha absorbido los supuestos edictales típicos. En época ulpiana el fenómeno es ya desde hace tiempo concluido, y como doctrinalmente se afirma éste se remonta con toda probabilidad a época labeoniana.

⁶⁶⁴ D.47,10,15,20 (Ulp.l. 57 ad ed): *Appellare est blanda oratione alterius pudicitiam adtemptare: hoc enim non est convicium, sed adversus bonos mores adtemptare.*

⁶⁶⁵ D.47,10,15,12 (Ulp.l. 57 ad ed): *sive unus sive plures dixerint, quod in coetu dictum est, convicium est: quod autem non in coetu nec vociferatione dicitur, convicium non proprie dicitur, sed infamandi causa dictum.*

⁶⁶⁶ D. 47,10,15,12 (Ulp.l. 57 ad ed).

⁶⁶⁷ D. 47,10,15,21 (Ulp.l. 57 ad ed): *Qui turpibus verbis utitur, non temptat pudicitiam, sed iniuriarum tenetur.*

Esta circunstancia –esto es la interpretación labeoniana de la *iniuria-contumelia* – permite referir a época prelabeoniana la práctica actualidad de las dos nociones de *convicium* como *vociferatio* y como *maledictum cum vociferatione* o *in coetu*, probablemente tomadas por Ulpiano del comentario al edicto del mismo Labeón⁶⁶⁸; y fácilmente explica la formación de una tercera noción de *convicium* que encontramos en el ámbito de la regulación del delito de iniuria en época clásica y sucesiva.

En el régimen clásico de la iniuria el *convicium* parece designar todo tipo de injuria verbal, incluso la *impudica* o *turpia verba*⁶⁶⁹; en todos los esquemas clasificatorios de la *iniuria* que la jurisprudencia no expone, el término *convicium* describe una de las dos fundamentales categorías en las se divide la *iniuria*, esto es la *iniuria verbis*, distinta de la *iniuria re*. A esta distinción se refieren los textos

D.47,10,1,1 (Ulp.l. 56 *ad ed*): *Iniuriam autem fieri labeo ait aut re aut verbis: re, quotiens manus inferuntur: verbis autem, quotiens non manus inferuntur, convicium fit.*

(Mas dice Labeón, que se hace injuria o mediante una cosa, o con palabras; mediante una cosa, siempre que se emplean las manos, pero con palabras cuando no se emplean las manos, y se hace afrenta).

⁶⁶⁸ LENEL, *Paling*. Lab. 127-139 donde emerge claramente la persistente referencia de Ulpiano a las opiniones de Labeón en el tema de la *iniuria* y especialmente en relación al comentario de las cláusulas edictales.

⁶⁶⁹ D. 47, 10, 11, 7 (Ulp. l.57 *ad ed*): *Quamquam adversus patronum liberto iniuriarum actio non detur, verum marito libertae nomine cum patrono actio competit: maritus enim uxore sua iniuriam passa suo nomine iniuriarum agere videtur. quod et Marcellus admittit. ego autem apud eum notavi non de omni iniuria hoc esse dicendum me putare: levis enim coercitio etiam in nuptam vel convici non impudici dictio cur patrono denegetur? si autem colliberto nupta esset, diceremus omnino iniuriarum marito adversus patronum cessare actionem, et ita multi sentiunt. ex quibus apparet liberos nostros non tantum eas iniurias adversus nos iniuriarum actione exequi non posse, quaecumque fiunt ipsis, sed ne eas quidem, quae eis fiunt, quos eorum interest iniuriam non pati.*

Y D.47,10,3,1 (Ulp.l.56 *ad ed*): *cum enim iniuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere hos, sive pulsent sive convicium dicant, iniuriam fecisse non videri.*

(porque como la injuria consiste en la intención del que la infiere, será consiguiente decir, que éstos (se refiere a impúberes y furiosos), ya golpeen, ya digan una afrenta, no se considera que infirieron injuria)

Coll. 2,5,4 (Paul *l.s de iniur.*): *Fit autem iniuria vel in corpore, dum caedimur, vel verbis, dum convicium patimur, vel cum dignitas laeditur, ut cum matronae vel praetextatae comites abducuntur. Iniuriarum actio aut legitima est aut honoraria.*

(Se da injuria o corporal cuando nos golpean, o verbal cuando sufrimos insulto o cuando se hiere la dignidad, como cuando a una matrona o a una joven noble se le quitan los acompañantes)

Esta noción de *convicium* como *iniuria verbis*, que designa casuísticamente una esfera de aplicación del delito privado de *iniuria*, es bien distinta de aquella edictal. En el ámbito del delito de *iniuria*, con la locución *convicium facere* o *dicere*, no se designa el supuesto edictal pero se describe casuísticamente la *iniuria verbis*, esto es, todos los insultos que, en la fase edictal, eran distintamente reprimidos a título de *convicium*, *appellatio* e *infamatio*.

Si esto fuera así se podría pacíficamente afirmar que la noción clásica de *convicium* comprende no sólo el insulto oral sino también aquél escrito y conforme a la lectura de los fragmentos de Ulpiano y de Paulo parece que sí. Sobre todo en D.47,10,1,1 se dice claramente que si tiene *convicium* en todos los casos en los que *non manus inferentur*; se podría objetar que el uso general de la forma *convicium dicere* depone a favor de la idea de que con *convicium* se

designa sólo a la *iniuria* oral; pero al respecto se debe considerar que *dicere*, a la par que *verbum*, tiene un significado anfibiológico que indica tanto la palabra escrita cuanto aquélla pronunciada oralmente y que Ulpiano, en dos fragmentos, usa *covicium dicere* con referencia a insultos escritos:

D. 28, 2, 3 pr (Ulp.l.l.ad Sab): *Et si pepercerit filium dicere, ex Seia autem nahum dixit, recte exheredat: et si cum convicio dixerit non nominandus vel non filius meus, latro gladiator, magis est, ut recte exheredatus sit...*

(y si hubiere omitido decir hijo, pero dijo el nacido de Seya, deshereda en forma; y si con vocerío/injurias hubiera dicho: "el que no se debe nombrar", o , el que no es mi hijo, el ladrón, el gladiator", es más cierto que haya sido desheredado en forma)

y D.49,1,8 (Ulp. l4. de appell): *Illud sciendum est eum qui provocavit non debere conviciari ei a quo appellat: ceterum oportebit eum plecti. et ita divi fratres rescripserunt.*

(se ha de saber que el que apeló no debe injuriar a aquel de quien apela; en otro caso, deberá ser él castigado; y así lo resolvieron por escrito los Divinos Hermanos)

En los dos casos Ulpiano habla de *convicium* a propósito de injurias escritas, respectivamente en un testamento y en un acto de apelación⁶⁷⁰. Por ello a la luz de los fragmentos de Ulpiano y de Paulo

⁶⁷⁰ Es convencimiento de MANFREDINI que el *convicium* contra el juez *a quo* (del que se trata en el citado fragmento de Ulpiano, además de que en PS 5,4,18 (D.47,10,42) y 5,35,3, del que se prevé expresamente la represión *extra ordinem* por obra de una constitución de los *divi fratres*), consistiese en insultos pronunciados en el *libellus appellationis* (por tanto, por escrito) y no durante el procedimiento frente al juez *a quo*, en el curso de la enunciación oral de las propias razones por parte del apelante. Ésta parece ser también la opinión de ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Genova, 1953 p. 419, implícitamente expresada a través de la referencia de las fuentes citadas. MANFREDINI atisba la ocasión que se ofrece al apelante para dirigir epítetos injuriosos al juez *a quo* no en las circunstancias normales del *libellus appellationis* que, antes de instaurar el juicio de segundo grado, debía ser apreciado por el juez *a quo*, el cual debía pronunciarse sobre la *receptio* o no; habría sido del todo contraproducente, para el apelante, injuriar en este caso al juez de primer grado. La ocasión favorable se tendría en cambio cuando (como nos informa Marciano en D.49,1,7 (Marc.l.1 de appell: *Cum quidam propter violentiam*

citado se puede sin duda afirmar que el *convicium* designaba también el insulto escrito, pero con una excepción muy importante: el *carmen famosum*, el *liber* o *libellus famosus* tal y como confirman

Gayo, 3, 220: *Iniuria autem committitur non solum, cum quis pugno puta aut fuste percussus uel etiam uerberatus erit, sed etiam si cui conuicium factum fuerit, siue quis bona alicuius quasi debitoris sciens eum nihil sibi debere proscripserit siue quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit siue quis matrem familias aut praetextatum adsectatus fuerit et denique aliis pluribus modis.*

(hay injuria, o sea daño personal, no sólo cuando se pega a alguien con el puño o con un palo, o cuando se le azota, sino también cuando se le afrenta públicamente, ya diciendo a voces que es insolvente, a pesar de saber que no debe nada, ya escribiendo un libelo o una copla infamatoria, ya asediando a una mujer honrada o a un joven, y, en fin, de otros muchos modos)

Y D. 48,19,16 pr (Claud, *sat. l.s de poen.pag*): *Aut facta puniuntur, ut furta caedesque, aut dicta, ut convicia et infidae advocationes, aut scripta, ut falsa et famosi libelli, aut consilia, ut coniurationes et latronum conscientia quosque alios suadendo iuvisse sceleris est instar.*

(se castigan o los hechos, como los hurtos y las muertes, o los dichos, como las afrentas, y las infieles defensas de abogado, o los escritos, como los falsos y los libelos infamatorios, o los consejos, como las conjuraciones, y la inteligencia con ladrones, pues haber ayudado a otros cualesquiera aconsejándoles es una especie de delito)

iudicis non ipsi a quo appellavit dedit libellos, sed publice proposuisset, divus severus veniam ei dedit et permisit ei causas appellationis agere.) se seguían formas excepcionales de apelación.

El hecho de que en la especulación jurisprudencial clásica se distinga, en el ámbito de los insultos escritos, entre *convicium* y *carmen famosum* (*liber* o *libellus famosus*) se explica por la especial reglamentación detallada -en la evolución histórica y que en breve trataremos- para esta particular categoría de estos escritos (de la *vetus lex* sobre *malum carmen condere* a la pena accesoria de la intestabilidad, a la *quaestio publica* cuando el escrito difamatorio no contenía una *laesio nominatim* y quizá a la intempestiva aplicación de la *cognitio extra ordinem criminal*) frente a la más limitada circunscripción del *convicium* sólo al insulto oral. Pero hecha la excepción de estos casos, incluso por Gayo el *convicium* designa toda *iniuria verbis*⁶⁷¹.

Por otra parte, hay que subrayar que en la noción clásica de *convicium* como *iniuria verbis* no existen -a excepción del *carmen* y los *libri famosi*- normas especiales que planteen alguna distinción en la reglamentación del *convicium* respecto a los otros casos de *iniuria*. Tanto la *iniuria re* cuanto la *verbis* (*convicium*) responden a un común régimen represivo⁶⁷². Es por esto del todo arbitrario asegurar que en época clásica era reprimido sólo el *convicium cum vociferatione* e *in coetu*, igual que sostener la necesidad de una cierta publicidad y de un cierto daño público para que el insulto fuese jurídicamente relevante. A la luz de los principios generales de la *iniuria* clásica todo insulto incluso proferido en privado y contenido en documentos privados podía teóricamente dar lugar a la *actio iniuriarum*, puesto que, obviamente se hiciese en presencia de los requisitos que establecían el criterio de imputación de la *iniuria* (sobre los que se discute y se discutirá hasta el infinito), pero desde

⁶⁷¹ Gai, 3, 222, y D.47,10,34 (Gai 113 *ad ed. prov*) donde el *convicium facere*, con referencia a la esfera de aplicación del delito de iniuria, designa todo aquello que, respectivamente, no consiste en *percutire* o en un *caedere*.

⁶⁷² La *actio iniuriarum* ordinaria.

el punto de vista formal era posible la represión. Por tanto, según la enseñanza gayana, el insulto proferido en público (*in teatro* o *in foro*) en época clásica revisaba una forma agravada de *iniuria*, esto es, una *iniuria atrox*.

Finalmente puede que se estableciera alguna regla especial que hubiera diferenciado el *convicium* de los otros casos de iniuria en el ámbito de la represión criminal *extra ordinem* de la época clásica. Es en efecto probable que, a parte del *carmen famosum* y el *libellus famosus* que ya Augusto habría hecho su ingreso en la *cognitio* – como veremos en el próximo capítulo- y que no entraban, como se ha visto en la noción de *convicium*, la represión *extra ordinem* de la *iniuria* se iniciara con alguna de las particulares formas de *convicium*, como aquél cometido por los daños del juez *a quo* en un acto de apelación, del que se establece la represión *extra ordinem* en una constitución de los *divi fratres*⁶⁷³, y que, se sostiene, podía dar lugar a una declaración de infamia por parte del juez de apelación prescindiendo del ejercicio de la *actio iniuriarum*; o bien el *convicium* y otras formas injuriosas realizadas al patrono y sus subordinados por parte del liberto reprimida *extra ordinem* a los tiempos de Ulpiano⁶⁷⁴. Pero es a lo largo de la época clásica, cuando se afirma el principio enunciado por Hermogeniano en

D.47,10,45 (Herm. L.5 *epit.*): *De iniuria nunc extra ordinem ex causa et persona statui solet. et servi quidem flagellis caesi dominis restituuntur, liberi vero humilioris quidem loci fustibus*

⁶⁷³ D.49,1,8 (Ulp.l.4. de app): *Illud sciendum est eum qui provocavit non debere conviciari ei a quo appellat: ceterum oportebit eum plecti. et ita divi fratres rescripserunt.*

⁶⁷⁴ D.1, 12, 1, 10 (Ulp.l.s.off. praef. urb); D.37,14,1 (Ulp. L.9.off. proc): *Patronorum querellas adversus liberos praesides audire et non translatie exsequi debent, cum, si ingratus libertus sit, non impune ferre eum oporteat. sed si quidem inofficiosus patrono patronae liberisve eorum sit, tantummodo castigari eum sub comminatione aliqua severitatis non defuturae, si rursus causam querellae praebuerit, et dimitti oportet. enimvero si contumeliam fecit aut convicium eis dixit, etiam in exilium temporale dari debet: quod si manus intulit, in metallum dandus erit: idem et si calumniam aliquam eis instruxit vel delatorem subornavit vel quam causam adversus eos temptavit.*

subiciuntur, ceteri autem vel exilio temporali vel interdictione certae rei coercentur.

(en la actualidad se suele determinar respecto a la injuria extraordinariamente según la causa y la persona; y a la verdad, los esclavos son restituidos a sus dueños después de azotados, pero los hombres libres, y de baja condición, son apaleados, y los demás serán condenados o a destierro temporal, o a la intedicción de cierta cosa)

El *convicium* debía seguir, a la par que los otros casos de *iniuria*, las líneas generales que en la práctica que establecían para determinar en qué circunstancia de hecho y respecto a qué personas se podía o debía ir al juez *extra ordinem*.

Pero por cuanto respecta a la represión privada, mantenida siempre en vigor hasta Justiniano⁶⁷⁵, no se registra en las fuentes alguna diferencia entre *convicium* y los otros casos de *iniuria*.

Por último brevemente decir que en la época postclásica y justinianeas el término *convicium* continúa siendo utilizado, en el ámbito del ilícito, para describir toda forma de insulto⁶⁷⁶, incluso escrito, a excepción del *carmen* y del *libellus famosus*.

⁶⁷⁵ En época clásica como en época posterior, no se duda sobre la posibilidad de ejercitar la acción privada para todo caso de *iniuria* entre ellas el *convicium*; lo documenta expresamente, a parte del amplio análisis dedicado por la jurisprudencia clásica al delito privado de injuria, el hecho de que a propósito de la represión criminal *extra ordinem* se dice que ésta *solet dari* (D.47,10,45; Hermogenianus 5 epit. *De iniuria nunc extra ordinem ex causa et persona statui solet. et servi quidem flagellis caesi dominis restituuntur, liberi vero humilioris quidem loci fustibus subiciuntur, ceteri autem vel exilio temporali vel interdictione certae rei coercentur.* D.1,2,1,10) Respecto a lo cual RABER plantea la hipótesis de una concurrencia no entre represión *extra ordinem* y acción privada sino entre la primera y el tribunal doméstico del patrono; esto significaría que existiría una alternativa entre los dos procedimientos incluso si la orientación de la práctica era mayor frecuencia dirigida a seguir el procedimiento *extra ordinem*; pero sobretodo se recaba de D.47,10,7,6 (Ulp. 1.57 *ad ed*) donde se dice que: *Posse hodie de omni iniuria, sed et de atroci civiliter agi imperator noster rescipsit*, sobre el cual ver amplia discusión en MANFREDINI, *Contributi* p. 242

⁶⁷⁶ C.1.3.32 (33), 6 (Leo y Anth a.472), donde se establece la prohibición del *exsecutor* de molestar a los clérigos (*nullius exprobare conviciis aut corporalibus iniuriis*); C.2,6,6,1 (Valent. y Val. a.368): los abogados de las defensas se abstengan de *in licentiam conviciandi et maledicendi temeritatem*;

Así se constata implícitamente en C.1,3,32,(33),6 y 8,49 (50),1, que el *convicium* se refiera también al insulto y en donde el término describe cada caso de *iniuria* distinto de la *iniuria re*, y del expreso testimonio de PS. 5,4,18⁶⁷⁷ que se refiere a los insultos contra el juez de primer grado contenidos en un acto escrito de apelación⁶⁷⁸; testimonio confirmado en PS. 5,35,3⁶⁷⁹. En el primer fragmento se hace referencia a la acción privada⁶⁸⁰, en el segundo a la represión criminal *extra ordinem*.

La excepción es documentada en

PS, 5, 4, 1: *Iniuriam patimur aut in corpus aut extra corpus: in corpus verberibus et illatione stupri, extra corpus conviciis et famosis libellis, quod ex adfectu uniuscuiusque patientis et facientis aestimatur.*⁶⁸¹

(La ofensa injusta podemos sufrirla en el cuerpo o fuera del cuerpo. En el cuerpo con azotes o violencia sexual; fuera del

C.8,49(50),1 [= Cth 8,14,1 (Valent, Val y Grat. a 367)] los subordinados que *acerbitate convicii vel cuiuscumque atroces iniuriae dolore pulsassent* se exponen a la pérdida de la emancipación; C.9,35,5 (Diocl. y Maxim, a.290): quien ha pronunciado un *convicium homicidi* (esto es que ha que alguno es un asesino) con la intención de insultar (*convici consilio*) es perseguible con la *actio iniuriarum* y no a título de calumnia.

⁶⁷⁷ PS. 5,4,18: *convicium iudici ad appellatoribus fieri non oportet: alioquin infamia notantur*

⁶⁷⁸ Conforme a D. 47, 10, 42 (Paul. L.,5 sent. como documento del derecho postclásico: DE DOMINICIS, “Di alcuni testi occidentali delle sententiae riflettenti la prassi postclassica”, en Studi Arangio Ruiz, IV, Napoli, 1953, p. 524 ss.

⁶⁷⁹ PS. 5, 35, 3: *Eum qui appellat cum convicio ipsius iudicis appellare non oportet: ideoque ita factum arbitrio principis vindicatur;*

⁶⁸⁰ No son plausibles los motivos para acceder a la tesis de RABER, *Grundlagen*. p. 34, según la cual este fragmento documentaría no la sanción de la *infamia* que ordinariamente sigue a la condena *ex a. iniuriarum* sino una sanción que el juez de apelación podría conminar contra el apelante, independientemente del ejercicio de la *actio iniuriarum* por parte del juez *a quo*; con la consecuencia de que se debería entender este fragmento como referido a la represión privada del *convicium*. Al contrario, la circunstancia de que Paulo, poco después (PS 5, 35,3) haga expresa mención del hecho de que el príncipe puede reprimir al apelante que haya hecho *convicium* contra el juez de primer grado y hable de *factum arbitrio iudicis vindicatur*, sin mención de la *infamia*; el hecho de que PS 5,4,9 el término *famosus* connota la acción privada de injurias (nos parece que también en PS 5,4,19 el *infamis* sea aquel condenado en el proceso privado, como el *famosus, iniuriarum convictus*, de PS 5,4,20); y finalmente, el hecho de la que PS 5,4,18 se integralmente reportado por los compiladores en el digesto D.47,10,42 y precisamente en un lugar donde es tratada la reglamentación privada de la *iniuria*: todo esto depone según el parecer de MANFREDINI a favor de la idea de que en el fragmento en discusión se haga referencia a la punición privada del *convicium*.

⁶⁸¹ Para la naturaleza postclásica del fragmento DE DOMINICIS, “Di alcuni testi...”p. 532.

cuerpo con insultos y escritos difamatorios, lo cual hay que medirlo según la consideración afectiva del que lo sufre y del que lo hace)

Y en

I.4,4,1: Iniuria autem committitur non solum, cum quis pugno puta aut fustibus caesus vel etiam verberatus erit, sed etiam si cui convicium factum fuerit...vel si quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit composuerit ediderit...

(mas cométese injuria, no sólo cuando alguno hubiere sido golpeado con el puño o aporreado con palos, o aun azotado; sino también si se hubiera promovido a alguien un escándalo...o si alguien para infamia de otro hubiera escrito, compuesto, o publicado algun libelo o versos...)

Una duda sobre la exactitud de la noción de *convicium* por proyectada por algún autor puede derivar de la lectura del siguiente fragmento de las *Sententiae* donde se distingue entre *maledictum* y *convicium*. Léase:

PS, 5,4,19,20: Maledictum itemque convicium publice factum ad iniuriae vindictam revocatur. Quo facto condemnatos infamis efficitur.20. Non tantum is, qui maledictum aut convicium ingesserit, iniuriarum convictus famosus efficitur, sed et is, cuius ope consiliove factum esse dicitur.

(Las agresiones verbales hechas en público merecen el castigo de injuria. Los condenados por tal proceder son declarados infames. Y no sólo el que materializara las agresiones se

convierte en públicamente convicto de “injuria”, sino también aque por cuyo apoyo y consejo se dice que se hizo (la injuria))

¿Cómo se puede explicar esta distinción que atribuye un valor más circunscrito a *convicium* y que ve el uso del término *maledictum* para describir, con el primero, la *iniuria verbis*?

Al parecer de Manfredini tal distinción refleja el uso, incluido en la praxis de la represión criminal *extra ordinem* de algunos de los casos de *iniuria* (de los que el título 4 del libro 5 de las sentencias es un documento elocuente), para indicar con el término *convicium* sólo algunos de los casos de injuria verbal reprimidos *extra ordinem*; en efecto con *convicium* se designaban las palabras obscenas acompañadas de gestos análogos que *contemplatione forum et causa publicae honestatis vindictam extraordinariae ultionis expectat* tal y como se expresa en

PS 5,4,21: *Convicium contra bonos mores fieri videtur, si obscaeno nomine aut inferiore parte corporis nudatus aliquis insectatus sit. Quod factum contemplatione morum et causa publicae honestatis vindictam extraordinariae ultionis expectat.*

(Se considera que la agresión (insulto) atenta contra las buenas costumbres, cuando alguien es ofendido con nombre obsceno, o se le desnuda la parte inferior de su cuerpo. Tal hecho, en atención y defensa de las costumbres y la pública honestidad debe recibir la vindicta/satisfacción de un castigo extraordinario)

Y se designan los insultos de los apelantes, también éstos, como se ha visto por la lectura de PS.5,35,3, reprimidos *extra ordinem*. Este uso especial del término *convicium* en el ámbito de la represión criminal *extra ordinem* debe haber favorecido la asunción

del término *maledictum* para designar los casos de *iniuria verbis* que por su menor gravedad eran normalmente reprimidos privativamente con la *actio iniuriarum*. Tal praxis por otra parte no parece haber influenciado el perfil teórico de la definición de la *iniuria verbis* respecto al cual se usa exclusivamente el término *convicium* en el significado pluricomprendido antes precisado, como leemos en PS. 5,4,1 e I.4,4,1 citados, donde no se hace alguna mención del término *maledictum*.

Sobre la concreta represión del insulto en la época postclásica y justiniana, no hay huellas de cambio –por cuanto respecta a la represión privada ex *actio iniuriarum*⁶⁸²– respecto al régimen clásico visto anteriormente. La idea de que en esta época el insulto, para ser jurídicamente relevante, debía venir proferido en público⁶⁸³, según MANFREDINI parece que derivada de una incorrecta interpretación de PS. 5,4,19⁶⁸⁴.

⁶⁸² Que la acción privada está en vigor en época postclásica es dicho expresamente en PS. 5,4,9 y prácticamente documentado, al menos para la época diocleciana, en C.9,35,5 propiamente para un caso de *convicium*, y en C.9,35,7.8.9. Para la época justiniana dan testimonio las constituciones citadas, D.47, 10,45; I.4,4,10. Obviamente en esta época rige, paralelamente, la represión criminal *extra ordinem* del *convicium*. Las formas de insulto verbal comúnmente reprimidas de tal modo parecen ser aquellas de la época precedente [insulto al patrono por parte del liberto (D.1,12,1,10;37,14,1), el insulto contra el juez de primer grado (PS.5,35,3), con la añadidura de las palabras obscenas acompañadas por análogos gestos (PS.5,4,21)] junto a estas formas de difamación verbal técnicamente definidas *convicium* es reprimido *extra ordinem* el *carmen famosum*, (PS.5,4,15), la cítara (*psalterium*) (PS.5,4,16), el *libellus famosus* (PS.5,4,17; C.Th.9,34; C.9,36). A la luz de estos testimonios según MANFREDINI y creemos acertadamente que se puede rechazar la opinión de DE DOMINICIS según la cual en época postclásica tenía vigencia sólo la represión *extra ordinem* de la *iniuria* (y por tanto implícitamente, también el *convicium*).

⁶⁸³ MOMMSEN quien, proyectando la idea de que el *convicium* fuese reprimido sólo cuando tuviera cierta publicidad o ocasionase un cierto daño al orden público, se avala de PS.5,4,21.

⁶⁸⁴ PS. 5,4,19: *Maledictum itemque convicium publice factum ad iniuriae vindictam revocatur. Quo facto condemnatos infamis efficitur*. Cuando se tenga presente que el fragmento pertenece a un contexto donde prevalece el tratamiento de la represión *extra ordinem* de la *iniuria* y que, a propósito de algunos casos, se dice expresamente que rige la represión privada, es legítimo pensar que también con el fragmento citada se quiere revalidar el principio por el que el insulto *publice factum* –esto es “también si” hecho en público– reentra de cualquier modo en el delito privado de *iniuria* y da lugar a la acción privada de la que descende la *infamia*. Respecto a las nociones de *infamia* véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Nociones de infamia e ignominia*...cit.pp. 314 y ss; y GREENIDGE, *Infamia its place in roman public and privat law*, 1ª edición Oxford 1894 reed. 1977 Alemania.; KARLOWA, *Zur Geschichte der Infamia*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* IX, 1870, pp.204-238.; KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, ZSS.73, 1956.; VARELA MATEOS, E. VARELA MATEOS, E., “La *actio tutelae* y la *infamia*”, en *Estudios en Homenaje al profesor Juan Iglesias, II, Madrid, 1988*.

Por tanto el insulto proferido en público, en época postclásica y justiniana, no es la única forma de *iniuria verbis* punible sino, como en época clásica, una forma agravada de ésta, esto es una *iniuria atrox ex loco*.

De este modo se puede resumir que en primer lugar los más antiguos casos que entran en la noción de *convicium adversus bonos mores*, a los que el pretor se refería al acto de emanación del edicto, no guardaba relación con la difamación a través de palabras, en prosa o en poesía, sino colectivas manifestaciones de protesta que se exteriorizaban a través de gritos y estrépitos, entendidos por el pretor como *sediciones* en opinión de MANFREDINI. No obstante, aun entendiendo que los primeros usos (254-159 a.C Plauto y Terencio) que se han dado según las fuentes literarias sean aquéllos de escándalo vociferado como queja bien en público (*contiones*) o bien en un ámbito más privado (a la puerta tal y como muestran los comediógrafos), consideramos que la noción de *convicium* recogida en la clausula edictal según hemos fechado en torno al último tercio del s II. a.C es una noción en la que ya se manifiesta el carácter difamatorio que se constatará claramente en los textos de Cicerón (106-43 a.C) donde se equiparará al *maledictum*.

Si embargo aun cuando se produce la total la evolución histórica, el *convicium adversus bonos mores* es entendido como un especial *maledictum*, pronunciado *in coetu* y/o *cum vociferatione* y como toda forma de *iniuria verbis*, no designa nunca la especial categoría de escritos difamatorios descritos con las locuciones *carmen famosum*, *liber* o *libellus famosus*: por tanto no es posible afirmar que en la cláusula del edicto *de convicio* se conservaran las huellas de *occentare sive carmen condere* (esto es, el hecho de recitar y escribir *carmina famosa*). La represión del escrito difamatorio, en el derecho

del pretor, viene a título de *infamandi causa factum* y no de *convicium* ta y como veremos a continuación.

Finalmente es importante destacar que la represión ordinaria del insulto data de la época relativamente reciente (final del segundo siglo) y deriva del fenómeno de la *theatralis licentia*. No el insulto escrito sino aquel oral, es el primeramente considerado; no toda forma de insulto sino sólo aquel que presenta notables caracteres de publicidad y que es, probablemente, nominativo. Otras connotaciones (su carácter de *urbanitas*, de *iocus*, el hecho de que de era dirigido a un *noces...* etc) podían considerarlo no punible incluso si era pronunciado *in coetu* y/o *cum vociferatione*.

3. INTERVENCIÓN PRETORIA EN LA DIFAMACIÓN ESCRITA. *CARMEN CONDERE- NE QUID INFAMANDI CAUSA FIAT*

En las páginas anteriores se ha tratado de establecer la intervención pretoria en torno a la difamación oral. Partiendo de la negación crítica de que la locución *occentare* no respondía a la tesis que considera que lo refiere como antecedente del *convicium* edictal y desarrollando las nociones de *convicium* edictal y su desarrollo posterior hemos delimitado la conducta punible de la difamación oral y los sujetos pasivos que la sufren. A continuación se estudiará la reforma pretoria en el ámbito de la difamación escrita partiendo del análisis del *carmen conditum* que ya consideramos en el primer capítulo como parte de una glosa interpretativa de la tab. 8,1 b) atribuida a Cicerón y recogida por S. Agustín –, quizá primera noción de poesía dramática, hasta llegar a reflejar todos los tipos de difamación escrita que según las fuentes jurídicas y literarias fueron reprimidos bajo el concepto del ilícito *edictal ne quid infamandi causa fiat*.

Según la opinión de los más autorizados partidarios de la interpretación difamatoria, la prohibición decemviral del *carmina condere* con el fin de infamar habría sido dirigida contra quien compone por escrito el carmen difamatorio destinado a ser recitado (*occentatio*); el *carmen conditum* no tendría nada que ver con una composición artística sino que pertenecería a aquel género que en la Roma de los Papas se llamaba pasquines⁶⁸⁵; por lo que la ausencia de una literatura en la época de las XII Tablas no debería constituir argumento contra la autenticidad de la tab.8.1,b⁶⁸⁶. Sin embargo esta interpretación del *carmen conditum* es contraria a lo manifestado por Cicerón y S. Agustín.

En los conocidos fragmentos de *Sobre la ciudad Dios* –donde el Santo discute en torno al distinto tratamiento de los griegos y los romanos frente a la libertad de difamar a los dioses y los hombres, y en los cuales él cita fragmentos de *Sobre la república* de Cicerón como prueba del hecho de que *ab antiquo* los romanos no podían difamar libremente a los hombres porque existía la norma sobre la “*occentatio sive carmina condere*” – resulta de modo claro que tanto Cicerón como Agustín⁶⁸⁷ creen que tal norma hubo de ser dictada por la necesidad de reprimir la *poetarum licentia* y precisamente la licencia de los poetas de teatro⁶⁸⁸. Agustín asegura que los romanos no han conocido el despreciable fenómeno de la difamación lanzada por los poetas sobre la escena, esto es, disipada por la dura

⁶⁸⁵ Así FRAENKEL, *rec a Beckmann*, cit, p.192; 198 ss.

⁶⁸⁶ En este sentido MOMIGLIANO, *rec. a Robinson*, p. 121.

⁶⁸⁷ ...*Quid Romani veteres de cohibenda poetica licentia sanserint, quam Graeci, deorum secuti iudicium liberam esse voluerunt; ...Graeci...apud quos fuit etiam lege concessum ut quod laedere vellet comoedia, de quo vellet nominatim dicere;...dicit* (Cicerón) *deinde alia et sic concludit hunc locum ut ostendat veteribus displicuisse Romanis vel laudari quemquam in scaena vivum hominem vel vituperari* (Aug. Civ.2,9); ... *Scipio, laudas hanc poetis Romanis nagatam esse licentiam, ut cuiquam opprobrium infligerent Romanorum...ut linguam maledicam in cives tuos exercere poetae etiam lege prohiberentur, et in deos tuos securi tanta convicia nullo senatore, nullo censore, nullo principe, nullo pontifice prohibente iacularentur? Indignum videlicet fuit ut Pautus aut Naevius Publio et Gn. Scipioni aut Caecilius M. Cantoni malediceret et dignum fuit ut Terentius vester flagitio Iovis optimi maximi adulescentium nequitiam concitaret...*?(Aug.civ.2,12)

⁶⁸⁸ ZIEGLER, *M.Tullius Cicero, De re publica*, Lipsiae, 1964 p. 112 ss.

disposición decemviral relativa a la *occentare sive carmen condere* y, por tanto, siempre apoyándose en Cicerón, explícitamente atribuye a tal norma el objeto de impedir la *probra* y *maledicta* de los poetas⁶⁸⁹.

Está, de este modo, fuera de dudas que Cicerón y Agustín consideraran que el precepto fuese dirigido contra la licencia de los poetas y que el *carmen conditum* fuese la poesía dramática; por esto es curioso que cuantos dan plena fe a la cita del precepto proyectada por Cicerón-Agustín, tomen después distancia de estos autores para lo que se refiere al *carmen conditum* a la poesía teatral, y hablen de pasquines.

Por otra parte esta concepción del *carmen conditum* parece históricamente fundada. Los términos *condere*⁶⁹⁰, *conditus*, atribuidos a *carmen* o *versus*, expresan la idea de la creación artística, designan un producto, meditado y no improvisado, de ingenio poético. Elocuente al respecto es el difundido uso del término *inconditus* para designar toda forma de *carmen* no rigurosamente correspondiente a las leyes métricas o producido por la tradición sacral y épica y no atribuible a un autor de profesión. Las *nenias*⁶⁹¹, los cármenes triunfales⁶⁹², los versos fesceninos⁶⁹³ cuando nacen espontáneamente

⁶⁸⁹ *At romani, sicut in illa de re publica disputatione Scipio gloriatur, probris et iniuriis poetarum subiectam vitam famamque habere noluerunt, capite etiam sancientes, tale carmen condere si quis auderet*

⁶⁹⁰ Los significados fundamentales de *condere* parecen ser: *abscondere* y *constituere* (Non. p.349 M=p. 376 L) Paulo Diácono indica como más antiguo el primero y como de más tardía formación los significados de *conscribere*, *facere*, *componere* e *instruere*. En el *liber glossarum*, Goetz II, p. 108, *condere/componere* es entendido como ποιησαι. Fuera de dudas, el término *condere*, referido a *carmen* (ver. Virg. *Ecl.*10,50, a *poema* (Cic. *Att.*1,16,15), *oratio* (Plin. *nat.* 5,112), *volumen* (v. Plin *nat.*6,55), evidencia el aspecto constructivo, creativo del producto literario, no designa sólo la forma escrita. El término *conscribere*, que sólo Paulo Diácono usa para definir los significados de *condere*, referido a *carmen*, no quiere decir escribir un *carmen*, sino componer un *carmen* por escrito.

⁶⁹¹ Del lat. *nenia*).

1. f. Composición poética que en la Antigüedad gentílica se cantaba en las exequias de alguien.

2. f. Composición que se hace en alabanza de alguien después de muerto.

NON, p. 145 M. (=p.212 L)

⁶⁹² LIV. 4, 20, 2; 7, 10, 13;10, 30, 9; *ioci inconditi*: 5, 49, 7;7, 38, 3; DION, 7, 32

⁶⁹³ LIV, 7,2,5; VERG. *georg.* 2,386.

en las fiestas campestres y nupciales, son denominados *carmina incondita* o *incompta*.

A este respecto Livio, que en el caso se apoya en un documento oficial, define como *conditum* al *carmen* que fue compuesto por Livio Andrónico, en el 207 a.C.⁶⁹⁴ y califica, de igual modo, como *conditum* al *carmen* que fue compuesto en el 200 a.C por el poeta P. Licinius Tegula⁶⁹⁵. Y como se puede deducir de estos testimonios y de otros, el *carmen conditum*, además de compuesto por escrito, era destinado a la divulgación oral: eran 27 vírgenes, en dos de los casos anteriormente citados, quienes recitaban públicamente los *carmina*, entonándolos en el curso de una procesión⁶⁹⁶.

Muy probablemente la primera forma de *carmen conditum*, esto es, de un producto poético conscientemente elaborado por un autor, de forma artística aunque sea rudimentariamente, deba buscarse en la historia de la poesía dramática.

El *locus classicus* para la historia del teatro y de la literatura en general, es -como es conocido- el texto de Livio 7,2,1-12⁶⁹⁷ y en

⁶⁹⁴ LIV, 27, 37, 7.

⁶⁹⁵ LIV, 31,12,10.

⁶⁹⁶ LIV. 27, 37, 13; 31, 12, 9. La primera composición de tales carmenes es atribuida a Valerio Máximo (2,4,4) a los años 365-364 y entendida como el evento con el que se habría iniciado los *ludi scaenici*. Este episodio no es mencionado por Livio que, en 7,2, narra los mismos hechos pero tomando la fuente de Valerio Máximo, bastante probablemente Varrón [Para todos PRÉAUX, *Ars ludicra. Aux origines du théâtre latin* en AC 32 (1963) p. 63; PASOLI, *Satura dramática e satira letteraria*, en *Vichiana* 1 (1964 p. 4)].

⁶⁹⁷ II. *et hoc et insequenti anno C. Sulpicio Petico C. Licinio Stolone consulibus pestilentia fuit. eo nihil dignum memoria actum*, [2] *nisi quod pacis deum exposcendae causa tertio tum post conditam urbem lectisternium fuit*; [3] *et cum uis morbi nec humanis consiliis nec ope diuina leuaretur, uictis superstitione animis ludi quoque scenici--noua res bellicoso populo, nam circi modo spectaculum fuerat--inter alia caelestis irae placamina instituti dicuntur*; [4] *ceterum parua quoque, ut ferme principia omnia, et ea ipsa peregrina res fuit. sine carmine ullo, sine imitandorum carminum actu ludiones ex Etruria acciti, ad tibicinis modos saltantes, haud indecoros motus more Tusco dabant*. [5] *imitari deinde eos iuuentus, simul inconditis inter se iocularia fundentes uersibus, coepere; nec absoni a uoce motus erant*. [6] *accepta itaque res saepiusque usurpando excitata. uernaculis artificibus, quia ister Tusco uerbo ludio uocabatur, nomen histrionibus inditum*; [7] *qui non, sicut ante, Fescennino uersu similem incompositum temere ac rudem alternis iaciebant sed impletas modis saturas descripto iam ad tibicinem cantu motuque congruenti peragebant*. [8] *Liuius post aliquot annis, qui ab saturis ausus est primus argumento fabulam serere, idem scilicet--id quod omnes tum erant--suorum carminum actor*, [9] *dicitur, cum saepius*

esencia confirmado por Valerio Máximo⁶⁹⁸, Livio afirma que después de los *ludi sine carmine* que fueron introducidos desde la Etruria, para vencer a la peste del 364 a.C, los jóvenes de Roma se pusieron a imitar (o parodiar) tal espectáculo añadiendo *inconditi versus inter se*, de carácter jocoso (*iocularia*). El uso de estos espectáculos se difunde y los protagonistas toman el nombre de *histriones*.

reuocatus uocem obtudisset, uenia petita puerum ad canendum ante tibicinem cum statuisset, canticum egisse aliquanto magis uigente motu quia nihil uocis usus impediēbat. [10] inde ad manum cantari histrionibus coeptum diuerbiaque tantum ipsorum uoci relictā. [11] postquam lege hac fabularum ab risu ac soluto ioco res auocabatur et ludus in artem paulatim uerterat, iuuentus histrionibus fabellarum actu relicto ipsa inter se more antiquo ridicula intexta uersibus iactitare coepit; unde exodia postea appellata consertaque fabellis potissimum Atellanis sunt; [12] quod genus ludorum ab Oscis acceptum tenuit iuuentus nec ab histrionibus pollui passa est; eo institutum manet, ut actores Atellanarum nec tribu moueantur et stipendia, tamquam expertes artis ludicrae, faciant.

⁶⁹⁸ VAL. MAX 2, 4, 4: *Nunc causam instituendorum ludorum ab origine sua repetam. C. Sulpico Petico C. Licinio Stolone consulibus intoleranda uis ortae pestilentiae ciuitatem nostram a bellicis operibus reuocatam domestici atque intestini mali cura adflixerat, iamque plus in exquisito et nouo cultu religionis quam in ullo humano consilio positum opis uidebatur. itaque placandi caelestis numinis gratia compositis carminibus uacuas aures praeiuit ad id tempus circensi spectaculo contenta, quod primus Romulus raptis uirginibus Sabinis Consualium nomine celebrauit. uerum, ut est mos hominum paruula initia pertinaci studio prosequendi, uenerabilibus erga deos uerbis iuuentus rudi atque inconposito motu corporum iocabunda gestus adiecit, eaque res ludium ex Etruria arcessendi causam dedit. cuius decora pernecitas uetusto ex more Curetum Lydorumque, a quibus Tusci originem traxerunt, nouitate grata Romanorum oculos permulsi, et quia ludius apud eos hister appellabatur, scaenico nomen histrionis inditum est. paulatim deinde ludicra ars ad saturarum modos perrepsit, a quibus primus omnium poeta Liuius ad fabularum argumenta spectantium animos transtulit, isque sui operis actor, cum saepius a populo reuocatus uocem obtudisset, adhibito pueri ac tibicinis concentu gesticulationem tacitus peregit. atellani autem ab Oscis acciti sunt. quod genus delectationis Italica seueritate temperatum ideoque uacuum nota est: nam neque tribu mouetur <actor> nec a militaribus stipendiis repellitur.* Los tres últimos puntos de la narración liviana están sustancialmente presentes también en Valerio Máximo. En cambio los primeros dos puntos son totalmente distintos. Valerio Máximo escoge en la composición y en la audición popular de los *carmina*, el primer ensayo de *ludi scenici*, en cambio Livio lo considera con la venida de los *ludiones* etruscos. La evolución inmediatamente posterior es descrita por Valerio Máximo como consistente en el hecho de que la *iocabunda iuuentus* romana habría añadido la gestualidad –*rudi atque inconposito motu corporum*– a los *venerabilibus erga deos uerbis* (esto es, habrían parodiado los *carmina*) y esta circunstancia habría ofrecido motivos para hacer venir un *ludius* de Etruria, cuya agradable agilidad place a los romanos sólo por la novedad. Livio en cambio, que no acepta el rito de los *carmina* y que identifica la llegada de los *ludi scenici* con el espectáculo de los *ludiones* etruscos, centra la segunda fase sobre la imitación que la *iuuentus* hizo de los danzadores etruscos y sobre el cambio de *iocularia* [consistentes en *versus inconditi* (7,2,5) en burlas de verso inculto y rudo –*incompositum ac rude*– semejante a aquel fescenino] en el que el gesto estaba en acuerdo con la voz. Sin duda el testimonio de Livio, desde el punto de vista de la dramaturgia es más atendible. Pero admitiendo que el *placamen* de los *carmina* hubiera existido y que de éste se haya burlado la juventud, es sin duda más correspondiente a la verdad que a la sátira dramática se haya pervivido cuando a la *iuuentus*, después de la llegada de los *ludiones* etruscos, “urbanizó” el uso de los fesceninos agrestes y, añadiéndoles la danza, dando vida a una forma de dramaturgia mixta de palabras y danza, improntada a la desacralización, a lo grotesco, a la sátira. La *iuuentus*, entendida como clase de edad, urbana y atada a las armas, se abandonaba *inter se* a tales formas espontáneas e improvisadas de divertimentos porque en esto legitimada por ancestrales exigencias sociales de desacralización, de envilecimiento de los acontecimientos importantes y serios (MOREL, *La iuuentus* cit. 214 ss). La llamada sátira dramática (esto es, la tercera fase de evolución de la dramaturgia) no fue otra cosa que la conversión en forma de arte la *Fescennina iocatio* de los *iuenes* [BOYANCÉ, *A propos de la satire dramatique*, en REA 34 (1932) P. 14; CÈBE, *La satura* cit. p.26 ss quien afirma que la danza preexistía a la llegada de los *ludiones* etruscos]. MANFREDINI, *La diffamazione* cit. p. 97.

El posterior desarrollo tuvo lugar cuando cesó el cambio alterno del verso semejante al fescenino (*incompositum ac rude*) y los *vernaculi artifices* ya representan sátiras realizadas *modis* (esto es con la medida métrica) y con un *cantus descriptus* (esto es ordenado, *conditus*) y con el movimiento añadido al canto. Después de algunos años Livio Andrónico, probablemente en el 240⁶⁹⁹ a.C, osó traer de la *satura* una *fabula* como enredo. Perdiendo, este género, el *risus* y el *solutus iocus*, los jóvenes retoman *inter se more antiquo ridicula intexta versibus iactitare* y nace los *exodia* para asimilarse a las atelanas⁷⁰⁰.

De estos textos dos aspectos son relevantes. El primero se refiere a la marcada diferencia establecida por Livio entre el *ludus* de la juventud romana (el carácter improvisado y rudo de sus burlas; su naturaleza de entretenimiento de grupo, *inter se*) y la connotación profesional, artística que asume la sátira dramática, también ésta compuesta de poemas y danzas pero cultivada en forma de arte y representada al pueblo por los *vernaculi artifices*⁷⁰¹.

Claramente se enfrentan dos distintos modos de entender y practicar uno mismo uso: por la *iuventus* se trata de un *ludus*, de un

⁶⁹⁹ Esta es la opinión Varroniana (CIC, *Brut.* 72: *Atqui hic Livius [qui] primus fabulam C. Claudio Caeci filio et M. Tuditano consulibus docuit anno ipso ante quam natus est Ennius, post Romam conditam autem quarto decumo et quingentesimo, ut hic ait, quem nos sequimur. est enim inter scriptores de numero annorum controversia. Accius autem a Q. Maximo quintum consule captum Tarento scripsit Livium annis xxx post quam eum fabulam docuisse et Atticus scribit et nos in antiquis commentariis invenimus*; GELL.17,21,42: *Annis deinde postea paulo pluribus quam uiginti pace cum Poenis facta consulibus <C.> Claudio Centhone, Appii Caeci filio, et M. Sempronio Tuditano primus omnium L. Liuius poeta fabulas docere Romae coepit post Sophoclis et Euripidis mortem annis plus fere centum et sexaginta, post Menandri annis circiter quinquaginta duobus.*

⁷⁰⁰ (Del lat. *atellāna* [fabūla], de Atella, Atela, ciudad de los oscos, célebre por su anfiteatro y sus representaciones graciosas). adj. Se dice de una pieza cómica de los latinos, semejante al entremés o sainete)

⁷⁰¹ Estos aspectos los encontramos también en MOREL, *La iuventus* .p. 237. Sobre la forma de arte asumida por la sátira dramática (y en esto sólo consistiría su diferencia de la *fescennina iocatio*, acompañada de la danza, practicada por la juventud) cfr. DUCKWORTH, *The nature of Roman Comedy*, Princeton, 1952 p. 6 ; CEBÈ, *La Satura*, p. 31 ss, que habla de una forma mejorada de la sátira, alcanzada en torno al 360.

*iocus solutus*⁷⁰², para los *artífices* se convierte en una profesión artística; se contraponen dos concepciones: aquélla del *carmen* satírico *inconditum*, lícito porque “ridiculiza grandes cosas” y es el medio para restablecer el equilibrio del destino y aquélla del *carmen* satírico *conditum*, compuesto por poetas de profesión con deliberado objeto de sátira y destinado a la pública recitación. Este último, precisamente porque está fuera de la función que lo legitimaba, y no siendo ya un *iocus*, no va a ser *solutus*⁷⁰³.

El segundo punto se relaciona con el testimonio de Livio según el cual, en los orígenes como en la evolución posterior, los *artífices* eran actores *suorum carminum*, esto es, el autor y el actor se identifican en la misma persona.

A la luz de estas observaciones es lícito según MANFREDINI⁷⁰⁴ identificar el *carmen conditum* consistente en la sátira dramática –de reconocido carácter de poesía, de arte desacralizado/profanador y

⁷⁰² Impunidad de la irrisión, maledicencia lícita, este es significado que al *iocus solutus* atribuye COCCHIA, *La letteratura latina anteriore all'influenza ellenica*, III, Nápoles, 1925, p.248.

⁷⁰³ Según MOREL, *La iuventus* cit. pp.239 ss la clase de los jóvenes se habría alejado deliberada de esta forma de dramaturgia en el momento en el que ésta fue cultivada por profesionales; asumiendo la forma de entretenimiento artístico destinado al público, la *iuventus* –clase militar y por esto, conservadora- se habría retractado escandalizada y sólo más tarde habría retomado la antigua *mos*, cuando esto es toma vida los *exodia* que se mezclaron con las atelanas; y por el hecho de que tal género era fruto de la improvisación y porque desacralizaba el teatro serio, oficial, de las *fabulae* de enredo, no incurría en los rigores de las leyes y, por ello, fue definido por un status favorable y especial, para el actor de atelanas, sobre lo que informa Livio (7,2,12), Valerio Máximo (2,4,4), Festo sv. *personata* (L.238): “Une pièce de Névius porte ce titre, parce qu'elle est la première, à ce que l'on croit, qui fut jouée par des acteurs masqués. Mais comme elle fut jouée bien des années après l'époque où les acteurs comiques et tragiques avaient introduit l'usage des masques, il est plus vraisemblable que, par suite du manque d'acteurs, cette nouvelle pièce fut jouée par les Atellans, qui sont proprement appelés personati, parce qu'on n'a pas le droit de les contraindre à ôter leur masque sur la scène, ce que les autres histrions ne peuvent se refuser à faire”. Todo ello parece perfectamente plausible; en particular la indiscutible relación entre el antiguo uso de la *fescennina iocatio* por la *iuventus* y los *exodia* de época más avanzada avalan la idea de que, en la concepción romana del tiempo, se concibe una contraposición neta entre *carmen* satírico *inconditum* y *carmen* satírico *conditum*, entre *ludus* y *ars* (o profesionalización), entre legitimación y favor acordado al primero y prohibición y hostilidad al segundo. MANFREDINI, sin embargo, se inclina a pensar que el abandono por parte de los jóvenes de la sátira dramática se debe no tanto por un espontáneo rechazo cuanto el temor de medidas represivas. En el fragmento liviano no está claro la relación entre *iuventus* y actores de profesión; los primeros *vernaculi artifices* que tomaron el nombre de *histriones* podrían ser de los *iuvenes* (así MOSEL, op. P. 242) y fue probablemente la huella de la remoción de las tribus y la supresión del *stipendium* (además probablemente, de otras medidas coercitivas entre las que se encuentra la *verberatio*) que disuaden a la *iuventus* de cultivar de forma profesional, el *carmen conditum*, el público espectáculo, aquel género de poesía mimada, profanadora y burlona, que era lícita sólo en cuanto fuese un *ludus inter se*, un divertimento espontáneo que absolviera a una función de naturaleza mágica o religiosa.

⁷⁰⁴ MANFREDINI, *La diffamazione ...*cit.p. 100

burlesco, profesionalmente cultivado- con la más antigua forma de *carmen conditum* que podía congruentemente referirse una ley que vetase el *carmen conditum* difamatorio. Y esta identificación que se propone coincide con cuanto afirman Cicerón y Agustín sobre la referencia de tal ley a la poesía teatral.

Sin embargo el fragmento de Livio así como los textos de Horacio⁷⁰⁵, Virgilio⁷⁰⁶ y Tibulo⁷⁰⁷ han sido criticados⁷⁰⁸ y de ellos se ha afirmado que no corresponden con la realidad romana sino que

⁷⁰⁵ Horacio, *epist.* 2,1,139-157:

<i>Agricolae prisci, fortes paruoque beati,</i>	
<i>condita post frumenta leuantes tempore festo</i>	140
<i>corpus et ipsum animum spe finis dura ferentem,</i>	
<i>cum sociis operum pueris et coniuge fida</i>	
<i>Tellurem porco, Siluanum lacte piabant,</i>	
<i>floribus et uino Genium memorem breuis aeui.</i>	
<i>Fescennina per hunc inuenta licentia morem</i>	145
<i>uersibus alternis opprobria rustica fudit,</i>	
<i>libertasque recurrentis accepta per annos</i>	
<i>lusit amabiliter, donec iam saeuos apertam</i>	
<i>in rabiem coepit uerti iocus et per honestas</i>	
<i>ire domos impune minax. Doluere cruento</i>	150
<i>dente lacessiti, fuit intactis quoque cura</i>	
<i>condicione super communi; quin etiam lex</i>	
<i>poenaeque lata, malo quae nollet carmine quemquam</i>	
<i>describi; uertere modum, formidine fustis</i>	
<i>ad bene dicendum delectandumque redacti.</i>	155
<i>Graecia capta ferum uictorem cepit et artes</i>	
<i>intulit agresti Latio;</i>	

⁷⁰⁶ VIRG, *geor.* 2, 385 ss.

⁷⁰⁷ TIB, 2,1,51.

⁷⁰⁸ El fragmento de Horacio, en la literatura, ha sido particularmente discutido en el ámbito del problema de los orígenes de la poesía dramática y en lo referido a la represión del *carmen* difamatorio en las XII tablas. En el primer ámbito, contra la tendencia a negar alguna relación entre el testimonio de Horacio y la sátira (LEO, *Livius und Horaz*, cit.p.63; KROLL, sv. *satura*, cit.col. 198), se proclama la plena atendibilidad e importancia en la reconstrucción y comprensión de las más antiguas formas de poesía indígena no de imitación, entre las que se incluye también la así llamada sátira dramática (por todos véase ROSTOGNI, *Storia I*, cit, 63 ss). En la discusión sobre la represión de la poesía difamatoria dispuesta por los decemvros, el fragmento de Horacio no es reconocido como plenamente atendible por ninguna de las opiniones ya expuesta. Los sostenedores de la tendencia difamatoria afirman que el poeta documenta de modo atendible la existencia de una ley (que sería aquella de las XII Tablas), que reprimiría la poesía difamatoria, pero que ciertamente yerra cuando refiere la locución *malum carmen* que pertenecería a la otra disposición que se refería a los sortilegios (por todos FRAENKEL, rec. a BECKMANN). Por otra parte los partidarios de la tendencia mágica afirman que Horacio está en la verdad cuando cita el *malum carmen* pero yerra cuando interpreta la norma decemviral, que se refería, en clave difamatoria, mostrando en este aspecto seguir la interpretación ciceroniana que probablemente se remonta a la investigación filológica-anticuaria de época prevarroniana (BECKMANN, *Zauberei*, cit. p.66). Nadie, salvo MANFREDINI ha pensado que Horacio, esté expresándose en términos no rigurosamente técnicos, haya querido referirse a una ley, que recoja la poesía difamatoria que no tenía nada que ver con las XII Tablas.

transponen la tradición del teatro griego transmitida por Varrón o por Accio⁷⁰⁹.

Según Horacio, a las raíces de la literatura poética y dramática de Roma están los fesceninos rústicos que mantienen su trato de *iocus* hasta que no se transformaron *apertam in rabiem* contra las *honestae domus* (los nobles) y por éstos se emanó una ley que vetaba y sancionaba representar a alguno (*describi*) con un *malum carmen* y fue así que la *formido fustis* llevó al *bene dicere*.

Una relación más explícita entre la ley prohibitoria del *malum carmen condere* y la sátira dramática la encontramos en Evancio⁷¹⁰ cuyo testimonio nunca se haya puesto en la discusión sobre la represión del *malum carmen conditum*.

EV. de com. II, 3-4 (K.p.63 s.): *et επονοματος dicta est: αρχια idcirco quia nobis pro nuper cognitis vetus est, επονοματος autem quia inest in ea velut historica fides verae narrationis et denominatio civium, de quibus libere describebatur, etenim per priscos poetas non ut nunc ficta penitus argumenta sed res gestae a civibus palam cum eorum saepe qui gesserant nomine decantabantur; dique ipsum suo tempore moribus multum profuit civitas, cum unusquisque caveret culpam, no spectaculo ceteris estitisset et domestico probo. sed cum poetae licentius abuti stilo et passim laedere ex*

⁷⁰⁹ Principalmente LEO, *Varro und die satire*, en *Hermes* 2, 1889, p. 77ss, ahora en *Ausgewählte kleine Schriften*, Roma 1960,I; Livius und Horaz über die Vorgeschichte des römischen Dramas, en *Hermes* 30 1904, p. 63 ss; HENDRIKSON, *The Dramatic Satire and the Old Comedy at Rome*, en *AJPh* 15 1894, p. 1 ss; A prevarronian Chapter of Roman Literary History, en *AJPh* 19 1898, p 285 ss; KROLL, sv. *satura*, en *RE* II, A,1 col. 197 ss; VAN ROOY, *Studies in Classical Satire and Related Literary Theory*, Leyde 1966 p., 33 ss.

⁷¹⁰ Sobre este enigmático erudito que vivió en la primera mitad del siglo IV cfr. SCHANZ, HOSIUS, *Röm. Lit*, IV, 1, 1914, p. 179 ss

libidine coepissent plures bonos, ne quisquam in alterum carmen infame componere lata lege siluere..

(...y se llamó "eponoma": "archia" también porque para nosotros es más antigua que los recientemente conocidos, sin embargo también "eponoma" porque en ella se inscribe como la fe histórica de la genuina narración y denominación de los ciudadanos de los que con libertad se contaba, puesto que entre los antiguos poetas no se hacía como ahora que se presentan argumentos totalmente legendarios, sino las reales proezas hechas y públicamente conocidas pues se contaban se narraban generalmente con nombres y apellidos ;la ciudadanía progresó mucho en costumbres en ese mismo tiempo, puesto que cada cual se guardaba mucho de andar con golferías para no dar lugar a los escándalos ajenos con detrimento propio; pero cuando los poetas empezaron a abusar del estilo, y empezasen a denigrar de rijosos a muchos hombres honestos, se promulgó una ley para que nadie compusiera epigramas infamantes contra nadie).

En el siguiente fragmento esta idea es mejor sustentada (Euanth. *De com.* II, 5-6 (K.p.64):

EV. de com. II: et hinc deinde aliud genus fabulae id est satyra sumpsit exordium, quae a satyris , quos in iocis semper ac petulantiis deos scimus esse, vocitata est: etsi (alii ductum) aliunde nomen prave putant. haec satyra igitur eiusmodi fuit, ut in ea quamvis duro et velut agreste ioco de vitiis civium tamen sine ullo proprii nominis titulo carmen esset. quod item genus comoediae multis offuit poetis, cum in suspicionem potentibus civium venissent, illorum facta descripsisse in peius ac deformasse genus stilo carminis. quod primus Lucilius novo conscripsit modo, ut poesin inde fecisset, id est unius carminis

plurimos libros. hoc igitur quod supra diximus malo (esto es la ley contra el carmen difamatorio, mencionada antes) coacti omitiere satyram aliud genus carminis ... repperere poetae...

(..y de ahí después se originó un nuevo genero literario, la sátira, que tomó el nombre de los sátiros, esos dioses que según sabemos se pasan el tiempo en juegos y chuscadas; aunque (según otros) se piensa que con maldad que este nombre viene de otro origen. Pues la sátira era de tal condición que aunque en ámbitos duros y como rústicas bromas fuera una composición sin título de nombre específico considerado como especie de poema que trataba de los vicios de los ciudadanos. Tal género de comediase presentó como alternativa a muchos poetas cuando empezara a ser mal visto por los señores distinguidos cuyas fechorías contaba y decayó este género de estilo poemario. Lucilo fue el primero en componer de esta manera nueva de forma que de ahí pasase a los poemas, es decir a hacer con el mismo tipo de verso varios libros, Y así obligados por este mal que arriba decimos, los poetas empezaron a abandonar la sátira y buscar otro genero de poesía).

En este fragmento Evancio trata del fenómeno típicamente romano de la sátira dramática. Desde el punto de vista de su contenido *de vitiis civium*, ésta es entendida como el correspondiente romano de la comedia ática, antes de llegar *in suspicionem civium potentibus* era un *iocus agrestes* y tuvo un cambio en el *genus stilo carminis* hasta que incluye el uso de *describere in peius* los hechos que se refieren a los más potentes de los ciudadanos; Éste es el *carmen sine ullo titulo propri nominis* que los poetas abandonaron amordazados por la ley *ne quisquam in alterum carmen infame componerte*.

Por tanto de la lectura conjunta de los testimonios de Cicerón-Agustín, Horacio y Evancio resulta que claramente la tradición romana unía la antigua ley sobre el *malum carmen* al fenómeno de la licencia de los poetas teatrales; la combinación de las palabras de Livio, Horacio y Evancio no deja duda sobre la existencia de una sólida tradición, probablemente recogida de Varrón en el *de poetis*, según la cual la ley sobre el *malum carmen conditum* se refería expresamente a la sátira dramática. Y puesto que sabemos por Livio que la llegada de la sátira dramática tuvo lugar en torno al 364 a.C cuando fueron instituidos los juegos escénicos, la disposición sobre el *malum carmen* o *infame carmen conditum* no puede haber sido contemplada por los decenviros.

Si no fue contemplada por los decenviros nos debemos preguntar cuándo fue reprimido por primera vez ese *malum* o *infame carmen conditum*. Parece que la respuesta se puede encontrar en la lectura de Horacio⁷¹¹ (y su comentarista Porfirio⁷¹²) y Evancio, seguidores de la tradición que unía la represión del *malum* o *infame carmen conditum* a la sátira dramática, desarrollada en época posterior al 364 a.C, puesto que hablan genéricamente de “una ley” que habría dispuesto tal represión y no la de las XII Tablas. Así se puede atribuir la primera represión del *malum carmen conditum* a una misteriosa ley emanada (en época sucesiva al 364 a.C y antes del 264 a.C) para reprimir la licencia verbal de los autores-actores de sátiras dramáticas, se impone ahora el deber de ver si tal tradición – sobre el punto de la existencia de dicha ley- es atendible. Si esto fuera cierto habría pues que plantearse el contenido de la disposición y por tanto qué disposiciones se encerraban dentro de la genérica

⁷¹¹ Horacio, como se ha visto, en *epist.* 2,1,152 ss habla de *lege*, sin ninguna referencia a las XII Tablas; en *sat.* 2,1,81 hace decir al jurista Trebacio que la ignorancia de la *sancta leges*, de las que deriva que *si mala condiderit in quem quis carmina ius est iudicium*, puede dañarlo. Sólo si entendemos las *tabulae* citadas en el v.86, que se diluyeran en risa de *bona carmina*, como las XII Tablas, se puede pensar que Horacio relacionase el *malum carmen* con la ley de los decenviros.

⁷¹² PORPH. en Hor, *sat.* 2,2,81 y *epist.* 2,1,148.

enunciación de una prohibición del *malum carmen condere*, de *malo carmine describere*, de *carmen infame componere*, cuya variabilidad y diversas formas de expresión podían denotar un carácter no técnico-jurídico de la misma.

A esta cuestión ha intentado contestar MANFREDINI, planteando -creemos acertadamente- la vía de la coerción. El argumento es el siguiente, según Suetonio⁷¹³, Augusto quita a los magistrados la coerción -que había sido considerada lícita por una antigua ley- contra los *histriones*, salvo sobre la escena y durante los juegos. De Tácito⁷¹⁴ se aprende que la disposición de Augusto consistía en haber sustraído a los magistrados el derecho de usar la vara contra los histriones. Según este autor importa subrayar la mención de una *vetus lex* que habría restituido a los magistrados el derecho de coerción contra los histriones, consistente en el *ius virgarum*, en la *verberatio*. La *lex vetus* trae a la mente los más antiguos histriones de los que las fuentes han conservado memoria, esto es los *vernaculi artifices* que según Livio transformaron los *inconditus versus Fescenninus* en el *carmen conditum* de la sátira dramática y que tomarían el nombre de *histriones*.

Así de este modo se debe pensar en la antigua ley (que en el lenguaje corriente, por comodidad, era designada como referente al *malum* o *infame carmen conditum*) como una ley que sólo indirectamente rozaba el fenómeno de la difamación verbal. Probablemente se limitaba a conferir a los magistrados el derecho de *coercere, sine provocatione*, a través de la *verberatio*, los histriones (a aquel tiempo autores y actores de sus *carmina* teatrales) que hubiesen difamado desde el palco escénico. Y así, según Horacio, a

⁷¹³ SUET, Aug. 45: *coercitionem in histriones magistratibus omni tempore et loco lege vetere permissum, ademit praeterquam ludis et scaena.*

⁷¹⁴ TAC, *ann.* 1,77

través de la ley sobre el *malum carmen* y precisamente en virtud de la *formido fustis*, se habría pasado del *maledicere* al *benedicere*⁷¹⁵.

A la luz de todo lo expuesto hasta ahora parece que se pueda fundadamente asumir que el problema de la difamación verbal en Roma se pone de manifiesto con la llegada de la poesía teatral. De manera que en la más antigua intervención represiva de la difamación verbal de la que las fuentes encontramos las siguientes connotaciones: 1) sólo la poesía dramática recitada no extemporánea pero producida por poetas de profesiones, era considerada (el *carmen inconditum* no pudo ser *malum* porque es un *ludus*, una *iocatio*); los primeros poetas son autores de teatro que normalmente también son actores, entregados a las recitaciones a otros de su poesía dramática, por tanto, *scribae histrionesque*; 2) sólo la difamación proferida oralmente y en público, esto es, desde el palco escénico, era relevante. 3) se trataba probablemente de una intervención inspirada en intereses de clase y vuelto a la protección de los *principes civitatis*.

Esa *vetus lex* no es entendida como una ley criminal que había tipificado un crimen, dispuesto una sanción y previsto una represión ordinaria en las formas que entonces regía para el *crimen legitimum*. Los indicios acreditan la idea de que la represión de la *poetarum licentia* entrase en la esfera de la *coercitio*⁷¹⁶. A la luz de las palabras ciceronianas y de las categorías jurídicas que la ciencia romanística ha recabado, se puede afirmar que el ilícito del *malum carmen* no fue entendido como un crimen bajo una represión ordinaria, a una *iudicatio*, sino como acto de desobediencia que podía ocasionar

⁷¹⁵ HOR, *epist.* 2,1,152.

⁷¹⁶ En el conocido fragmento de Cicerón (*leg.* 3, 6) se dice: *magistratus nec oboedientem et innoxium civem multa vinculis verbebusve coerceto, ni par maiorve potestas populusve prohibesset, ad quos provocatio esto. quom magistratus iudicassit inrogassive, per populum multae poenae certatio esto*. En el fragmento es distintamente individualizado el doble plano sobre el que se desarrolla la función represiva de los ilícitos penales: aquel de la represión extraordinaria que se avala de la libre coerción de los magistrados y de las sanciones que estos pueden conminar, entre los que la *verberatio* (en los límites impuestos de las leyes sobre la *provocatio* y por la apelación de la *par maiorve potestas*), y aquel de la *iurisdictio* o *iudicatio*.

intervenciones coercitivas por parte de los magistrados, en general en los límites de la *provocatio*, pero libres de ésta si se trataba de *verberatio*. De este modo el poeta que faltaba a la *licentia verborum* era un *nec oboediens et innoxius civis o probrum*.

Este es el término técnico que designa el ilícito reprimido por los censores⁷¹⁷ y la frecuencia con el que es usado para designar la difamación verbal atestigua que el ilícito podría entrar en la jurisdicción censoria⁷¹⁸. Al respecto es importante las normas, citadas por Livio y Valerio Máximo⁷¹⁹, según las cuales los histriones *movetur tribu y a militaribus stipendiis repellitur*. La primera norma, atribuida por Cicerón-Agustín a los *romani veteres*⁷²⁰, está expresamente adscrita, por estos autores, al *regimen forum* de los censores y especialmente en el único lugar donde se trata *carmen conditum* y de la *poetarum licentia*. Léase a este respecto el texto de Cicerón, *rep.* 4,10 referido por AUG. *civ* 2,13: *cum artem ludicram scaenamque totam in probro ducerent, genus id hominum non modo honore civium reliquorum carere sed etiam tribu moveri notatione censoria voluerunt (teniendo por ignorancia el arte farandulero y todo el teatro, quisieron (los romanos) que los hombres de esta profesión no sólo no gozaran de la estimación de los demás ciudadanos, sino que fueran excluidos de su tribu por nota del censor).*

Por todo ello parece fundado afirmar que el ilícito del *malum carmen conditum* no fue entendido, al surgir, ni como *crimen* (así sucederán sólo en época Augusta) ni como *delictum* (que ocurrirá, en el desarrollo del siglo II a.C, a través de la concesión de la *actio*

⁷¹⁷ CIC, *leg*, 3,7; SALL, *Cat.* 23; PLIN, *nat.* 18,11. Sobre el control de la libertad de palabra ejercitado ROBINSON, "Censorship in Republican Drama", en *CJ* 42, 1946, p. 147 ss.

⁷¹⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN.A, *Las nociones de infamia e ignominia...*cit.p. 321 ss.

⁷¹⁹ LIV, 7, 2, 12; VAL.MAX, 2, 4, 4.

⁷²⁰ Agustín en *civ.* 2,13 donde reproduce el fragmento de Cicerón referido en el texto, habla genéricamente de *romani* pero en *civ.* 2,9 expresamente se refiere a *romani veteres*. El mismo Cicerón, en la digresión sobre la *poetarum licentia* a la que pertenece el fragmento relativo a la jurisdicción censoria, cita explícitamente a los *romani veteres* (*de rep.* 4,12).

iniuriarum ex edicto de convicio acordada por el pretor contra la difamación nominativa en la escena). Tal ilícito fue entendido como *probrum*, reprimido por los censores, o como un acto de desobediencia que podía también ocasionar, entre otros medios coercitivos, la *verberatio sine provocatione*, por parte de los magistrados: cónsules, con auxilio de los *tresviri* capitales, pretores; sin duda también los tribunus; ediles (en ocasiones de la vigilancia sobre los lugares públicos y en el ejercicio de la *cura ludorum*; sabemos que éstos estaban autorizados con el *ius virgarum*⁷²¹, quizá especialmente contra los histriones y que no eran insensibles a los insultos verbales⁷²²).

Si bien es correcto considerar, en los orígenes, el poder represivo de los magistrados como plenamente discrecional –tanto por cuanto se refiere al medio de punición (la multa no superior a los límites legales, el encarcelamiento, la *verberatio* o la nota de infamia) como por cuanto respecta a la apreciación de la difamación– en esta última dirección bien pronto deben haber sido establecidos los criterios de valoración a los que se deberían someter también los magistrados en el concreto ejercicio de su poder represivo⁷²³.

Cicerón⁷²⁴, como conocemos de Agustín en el único lugar donde se discute sobre la norma del *occentare sive carmen condere* y la licencia de los poetas dramáticos, afirma que *veteribus displicuisse*

⁷²¹ MOMMSEN, *Strafr.* p. 512, afirma que los ediles tenían el derecho de *verberatio* contra los actores pero esto, por lo que nos consta, no aparece expresamente en un testimonio.

⁷²² GELL. 10, 6; SUET. Tib.2; VAL. MAX. 8,1.

⁷²³ Respecto a la *provocatio ad populum* como límite a esa coerción del magistrado véase FREZZA *Corso di Storia del Diritto romano*, Roma 1954, p.74.; BONFANTE *Storia del Diritto romano* I, 4ª ed. Milán 1958 p.57; GAUDEMET *Institutions de l'antiquité* París 1967 p.320; NICOLET *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, París 1976 p.429; SANTANLUCÍA *Época Republicana: lo sviluppo del processo criminale e le leggi de provocatione*, en *Lineamenti di storia del diritto romano* Milán 1979 p.104. GROSSO *Monarchia, provocatio e processo popolare* “Studi De Francisci” II, Milán 1956, p.6 y ss. *Provocatio per la perduellio* p.218; RODRIGUEZ-ENNES *La provocatio ad populum como garantía fundamental del ciudadano frente al poder coercitivo del magistrado en época Republicana* Studi Biscardi IV. Milano 1983 págs.73-114.

⁷²⁴ CIC, *rep.* 4,12, referido por AGU, *civ* 2,9.

Romanis vel laudari quemquam in scaena vivum hominem vel vituperari (a los romanos antiguos les desagradaba que una persona viva fuera alabada o vituperada en la escena). La regla es atribuida a los *veteres Romani* y expresamente referida a la poesía dramática. Su formulación, que de manera taxativa circunscribe el veto de *laudare* o *vituperare vivum hominem* sobre la escena, legitima la idea de que sobre la escena los muertos se pudiesen alabar o denigrar⁷²⁵ y que fuera del palco escénico, fuese quizá generalmente tolerado que se loase y se despreciase verbalmente también a los vivos. La regla en cuestión es probable que fuera emanada, como necesario punto de referencia para la apreciación de la conducta de los poetas, para el práctico ejercicio de la represión magistratual de la *poetarum licentia*.

Lo mismo se dice para la regla que prohibía la *nominatio in scaena* de alguno. Sobre su antiguo origen y la originaria pertenencia al fenómeno de la difamación verbal desde la escena, según el parecer de MANFREDINI⁷²⁶, no existen dudas. La *Rhetoria ad Herennium*⁷²⁷, a propósito de la difamación perpetrada sobre la escena contra los poetas Accio y Lucilio, nos documenta la existencia de una prohibición de *compellere, laedere nominatim in scaena de aliquem nominari*. Terencio calla cuidadosamente los nombres de sus detractores a los que, desde la escena, lanza molestos dicterios) y un fragmento de una tragedia de Accio, recogido por Nonio, recita: *primores provocavit nominans*.

De este modo se puede considerar que la primera noción de *malum carmen conditum* vendría referida a la sátira dramática.

⁷²⁵ Sobre la existencia de esta regla en época avanzada y con un ámbito de aplicación más amplio que al menos comprendiese también las obras escritas, hay algún importante testimonio. Lucilio ataca ferozmente a L. Lupus muerto; Juvenal (1,170 ss) toma partido por atacar en su poesía sólo a los difuntos (GÉRARD, Juvenal et la réalité contemporaine, Paris 1976 p. 456). Tácito después parece citar una regla de más remota costumbre cuando afirma que *maxime solutum et sine obtrectatore fuit prodere de iis quos mors odio aut gratiae exemisset* (ann 4,35).

⁷²⁶ MANFREDINI, *La diffamazione*, cit.p. 125

⁷²⁷ *Rhet. Her.* 1, 14, 24; 2, 13, 19.

Pero será en época tardorrepública cuando el fenómeno de la difamación verbal se incrementa de tal manera que la proliferación de lleve a la necesidad de la intervención pretoria de los escritos infamantes.

El período comprendido entre los Gracos y Augusto es considerado como aquél en el que la difamación oral y escrita era practicada amplia e impunemente y con gran difusión. Se presentan como ejemplo, como testimonios directos, las sátiras de Lucilio que contienen ásperas invectivas también dirigidas, nominativamente, contra los ilustres hombres de la política; los cármes de Catulo contra César; las oraciones *in Cicerone* e *in Sallustium*. Se subrayan las noticias relativas al florecimiento de una riquísima "literatura de la invectiva", en poesía y en prosa, con un fin no sólo político sino también personal. Se añade la tradición anecdótica relativa a la *dicacitas* (*cavillitas*, *urbanitas*, *ioci*, *dicta*) de la época ciceroniana y posterior, de la que los lugares clásicos son Valerio Máximo, Quintiliano y Macrobio⁷²⁸.

Como hemos expuesto junto a la *actio iniuriarum ex edicto de convicio* (fechado en el II a.C), queda inmutado el tradicional aparato represivo, durante tiempo arbitrario y discrecional, de la *coercitio* y de la jurisdicción censoria.

Las obras de Cicerón y las narraciones historiográficas de este período no dejan duda sobre el hecho de que en las *legitimae disceptationes* era admitida la más franca libertad de crítica personal que rozaba la calumnia y que igual libertad de crítica personal era reconocida en las relaciones personales de los *primores* y de aquellos que con los *primores*, tenían potentes lazos de clientela.

⁷²⁸ VAL.MAX. 6, 2 :: QUINT. 6, 3 y MACR. *Sat.* 2, 1-16.

Sin embargo, el hecho verdaderamente nuevo que se produce en esta época, propiciado y favorecido por las mismas reglas y concepciones legitimantes de la difamación oral y que revuelve, con sus manifestaciones peculiares, las reglas prohibitivas surgidas expresamente en relación a esta última, está representado por la difamación escrita⁷²⁹.

Empiezan a surgir una verdadera proliferación de las cartas dirigidas contra la élite. Horacio⁷³⁰ dirá refiriéndose al pueblo -pero no fue ciertamente un fenómeno de masas-: *mutavit mentem populus levis et colest /scribendi studio; pueri patresque severi /fronde comas victi curant et carmina dictam* (mudó opinión el caprichoso pueblo y se enardece con una sola pasión: escribir. Los jóvenes y sus severos padres cenan con guirnaldas en el pelo dictando poemas). La tendencia a la literatura científica, ya manifestada en época catoniana, se intensifica y convierte en símbolo de Estado. Pero también los géneros tradicionalmente hostiles como la poesía, son cultivados; es conocido que Q. L. Catulus, cónsul en el 102, se deleitaba con poesía erótica y promovía un cenáculo literario⁷³¹; Sila escribió de las *σατυρικοι κωμωδαι*⁷³²; G. B. Strabón, cónsul en el 88, fue poeta trágico, precedido en general por C. Titius que vivió en época luciliana y cuya pertenencia a la clase política se puede deducir de una *suasio legis Fanniae* bastante ingeniosa y de otras oraciones de las que Cicerón subraya los fragmentos picantes y la urbanidad; escribieron versos, como es conocido, Catón el menor⁷³³, Cicerón,

⁷²⁹ Escasa atención es prestada en la literatura a la profunda diferencia, en las diversas formas de difamación verbal, entre difamación oral y escrita en la experiencia romana de la época tardorepublicana. Alguna observación en SMITH, *The Law* cit. p.172, quien en la escasa circulación de los escritos encuentra el motivo de la impunidad acordada a Lucilio.

⁷³⁰ HOR, *epist.* 2, 1, 108 ss

⁷³¹ HOR, *epist.* 2, 1, 108-270.

⁷³² BARDON, *La littérature latine inconnue*, I, Paris, 1952 p. 115 ss.

⁷³³ PLUT, *Cat. min.*, 7, 2.

César, Augusto⁷³⁴. Hasta Servio el jurista escribía versos licenciosos⁷³⁵.

Se difunde el uso, ya practicado por S.S. Galba, cónsul del 144 a.C, y Q. C. Metellus, cónsul del 143 a.C, de divulgar por escrito los textos de las oraciones políticas y judiciares⁷³⁶. La licitud de la difamación, de siempre reconocida en las *legitimae disceptationes*, donde encuentran su lugar las *orationes* (discursos), no venía a menos cuando estas últimas eran redactadas por escrito y publicadas; y gracias a esto, nos han llegado algunos ejemplos paradigmáticos de la licencia verbal que se practicaba en el género oratorio como los discursos ciceronianos *pro Caelio*, *in Verrem* o las *Philippicae*.

Pero también en las relaciones privadas, estrictamente personales o políticas, y en las relaciones mundanas se asume el uso de las cartas. La tradicional inclinación a la burla, a la batuta cáustica, la venenosa habladuría, se apodera de las formas poéticas de la poesía jámica y epigramática e inventa un juego de masacre a golpe de versos difamatorios de los que tenemos los testimonios más elocuentes en la poesía neotérica, en los epigramas de Catulo (87-54 a.C.) contra César⁷³⁷, de Calvo contra César y Pompeyo⁷³⁸, en los

⁷³⁴ Para la producción poética de Cicerón, César y Augusto véase MOREL, *Fragmenta poetarum Latinorum*, Stuttgart 1927.

⁷³⁵ OV. tr, 2, 441; PLIN. *epist.* 5.3.5.

⁷³⁶ CIC. *Brut.* 81-82: [81] Nam et A. Albinus, is qui Graece scripsit historiam, qui consul cum L. Lucullo fuit, et litteratus et disertus fuit; et tenuit cum hoc locum quendam etiam Ser. Fulvius et Numerius Fabius Pictor et iuris et litterarum et antiquitatis bene peritus; Quintusque Fabius Labeo fuit ornatus isdem fere laudibus. nam Q. Metellus, is cuius quattuor filii consulares fuerunt, in primis est habitus eloquens, qui pro L. Cotta dixit accusante Africano; cuius et aliae sunt orationes et contra Ti. Gracchum eita est in C. Fanni annalibus.

[82] Tum ipse L. Cotta est veterator habitus; sed C. Laelius et P. Africanus in primis eloquentes, quorum exstant orationes, ex quibus existumari de ingeniis oratorum potest. sed inter hos aetate paulum his antecedens sine controversia Ser. Galba eloquentia praestitit; et nimirum is princeps ex Latinis illa oratorum propria et quasi legitima opera tractavit, ut egrederetur a proposito ornandi causa, ut delectaret animos aut permoveret, ut augeret rem, ut miserationibus, ut communibus locis uteretur. sed nescio quomodo huius, quem constat eloquentia praestitisse, exiliores orationes sunt et redolentes magis antiquitatem quam aut Laeli <aut> Scipionis aut etiam ipsius Catonis; itaque exaruerunt, vix iam ut appareant.

⁷³⁷ Cámen 57:

jámbicos de Bibaculo contra César y Octaviano⁷³⁹. Pero no se puede creer que sólo los grandes protagonistas fuesen el centro del fenómeno⁷⁴⁰. También éstos descendían al combate de la pulla mordaz y de la respuesta. Octaviano, además de los *lascivi versus*

*Pulcre convenit improbis cinaedis,
Mamurrae pathicoque Caesarique.
nec mirum: maculae paris utrisque,
urbana altera et illa Formiana,
impressae resident nec eluentur:
morbosi pariter, gemelli utrique,
uno in lecticulo \ erudituli ambo,
non hic quam ille magis vorax adulter,
rivales socii puellularum.
pulcre convenit improbis cinaedis.*

Y poema 93: Nil nimium studeo, Caesar, tibi velle placere

nec scire, utrum sis albus an ater homo.

⁷³⁸ SUET. *Iul*, 49; *Pudicitiae eius famam nihil quidem praeter Nicomedis contubernium laesit, graui tamen et perenni obprobrio et ad omnium conuicia exposito. omitto Calui Licini notissimos uersus:*

Bithynia quicquid

et pedicator Caesaris unquam habuit.

praetereo actiones Dolabellae et Curionis patris, in quibus eum Dolabella 'paelicem reginae, spondam interiorem regiae lecticae,' at Curio 'stabulum Nicomedis et Bithynicum fornicem' dicunt. missa etiam facio edicta Bibuli, quibus proscripsit collegam suum Bithynicam reginam, eique antea regem fuisse cordi, nunc esse regnum. quo tempore, ut Marcus Brutus refert, Octavius etiam quidam ualitudine mentis liberius dicax conuentu maximo, cum Pompeium regem appellasset, ipsum reginam salutauit. sed C. Memmius etiam ad cyathum + et ui + Nicomedi stetisse obicit, cum reliquis exoletis, pleno conuiuio, accubantibus nonnullis urbicis negotiatoribus, quorum refert nomina. Cicero uero non contentus in quibusdam epistulis scripsisse a satellitibus eum in cubiculum regium eductum in aureo lecto ueste purpurea decubuisse floremque aetatis a Venere orti in Bithynia contaminatum, quondam etiam in senatu defendenti ei Nysae causam, filiae Nicomedis, beneficiaque regis in se commemoranti: 'remoue,' inquit, 'istaec, oro te, quando notum est, et quid ille tibi et quid illi tute dederis.' Gallico denique triumpho milites eius inter cetera carmina, qualia currum prosequentes ioculariter canunt, etiam illud uulgatissimum pronuntiauerunt: Gallias Caesar subegit, Nicomedes Caesarem: ecce Caesar nunc triumphat qui subegit Gallias, Nicomedes non triumphat qui subegit Caesarem.

y schol. en LUC. 7, 726.

⁷³⁹ TAC. *Ann.* 4, 34. Cornelio Cosso Asinio Agrippa consulibus Cremutius Cordus postulatur novo ac tunc primum audito crimine, quod editis annalibus laudatoque M. Bruto C. Cassium Romanorum ultimum dixisset. accusabant Satrius Secundus et Pinarius Natta, Seiani clientes. id perniciosum reo et Caesar truci vultu defensionem accipiens, quam Cremutius relinquendae vitae certus in hunc modum exorsus est: 'verba mea, patres conscripti, arguuntur: adeo factorum innocens sum. sed neque haec in principem aut principis parentem, quos lex maiestatis amplectitur: Brutum et Cassium laudavisse dicor, quorum res gestas cum plurimi composuerint, nemo sine honore memoravit. Titus Livius, eloquentiae ac fidei praeclarus in primis, Cn. Pompeium tantis laudibus tulit ut Pompeianum eum Augustus appellaret; neque id amicitiae eorum offecit. Scipionem, Afranium, hunc ipsum Cassium, hunc Brutum nusquam latrones et parricidas, quae nunc vocabula imponuntur, saepe ut insignis viros nominat. Asinii Pollionis scripta egregiam eorundem memoriam tradunt; Messala Corvinus imperatorem suum Cassium praedicabat: et uterque opibusque atque honoribus perviguere. Marci Ciceronis libro quo Catonem caelo aequavit, quid aliud dictator Caesar quam rescripta oratione velut apud iudices respondit? Antonii epistolae Bruti contiones falsa quidem in Augustum probra set multa cum acerbitate habent; carmina Bibaculi et Catulli referta contumeliis Caesarum leguntur: sed ipse divus Iulius, ipse divus Augustus et tulere ista et reliquere, haud facile dixerim, moderatione magis an sapientia. namque sprete exolescunt: si irascere, adgnita videntur.

⁷⁴⁰ Tenemos noticias de epigramas de Bibaculo contra L. Orbinius (SUET. *Gramm.* 9); de Cinna contra Hermógenes Tigelinus (CIC. *fam.* 7,24,1. Varrón (*rust.*3,2,17)).

contra Antonio y su mujer⁷⁴¹, escribía *Fescennini* contra Polión y éste agudamente decía que no podía *rescribere* contra quien lo podía *proscribere*, como triumviro⁷⁴². Se trata ciertamente de una pauta que significativamente ilumina la nueva realidad de los tiempos: el *licet respondere* se convierte en *licet rescribere*; y era un escrúpulo excesivo aquel de Polión, si es verdad, como parece, que Octaviano, no sólo por triumviro sino también por augusto, prefería el *rescribere* a las medidas coercitivas⁷⁴³. Así es probable que al *criminosissinius liber* de A. Caecina y a los *carmina maledicentissima* de Pitholaus⁷⁴⁴, César⁷⁴⁵ hubiese dado ocasión o hubiese respondido con sus propios *carmina*, y no se hubiese limitado a soportar *civili animo*. Catón el menor lanzó yambos contra quien le había arrebatado a la novia⁷⁴⁶.

⁷⁴¹ MART. 11,20:

*Caesaris Augusti lascivos, livide, versus
sex lege, qui tristis verba Latina legis:
"Quod fuit Glaphyran Antonius, hanc mihi poenam
Fulvia constituit, se quoque uti futuam.
Fulviam ego ut futuam? Quod si me Manius oret
pedicem? faciam? Non puto, si sapiam.
'Aut futue, aut pugnemus' ait. Quid quod mihi vita
carior est ipsa mentula? Signa canant!"
Absolvis lepidos nimirum, Auguste, libellos,
qui scis Romana simplicitate loqui.*

⁷⁴² MACR. Sat. 2, 4, 21.

⁷⁴³ SUET. Aug. 51: *...faciam sicut Aelianus et me linguam habere, plura enim de eo loquar...*; 56: *locis quoque quorundam invidiosis aut petulantibus lacescit, contradixit edicto.*

⁷⁴⁴ SUET. Iul. 75. Además de por los *poetae novi* César fue atacado, en el plano personal, por escrito, también por Curio padre (CIC. Brut. 218), por A. Caecina y Pitholaus (SUET. Iul. 75, por Cicerón en ciertas cartas y por Bibulus con edictos (SUET. Iul. 49).

⁷⁴⁵ SUET. Iul. 75.: *Moderationem uero clementiamque cum in administratione tum in uictoria belli ciuili admirabilem exhibuit. denuntiante Pompeio pro hostibus se habiturum qui rei publicae defuissent, ipse medios et neutrius partis suorum sibi numero futuros pronuntiavit. quibus autem ex commendatione Pompei ordines dederat, potestatem transeundi ad eum omnibus fecit. motis apud Ilerdam deditionis condicionibus, cum, assiduo inter utrasque partes usu atque commercio, Afranius et Petreius deprehensos intra castra Iulianos subita paenitentia interfecissent, admissam in se perfidiam non sustinuit imitari. acie Pharsalica proclamavit, ut ciuibz parceretur, deincepsque nemini non suorum quem uellet unum partis aduersae seruare concessit. nec ulli perisse nisi in proelio reperientur, exceptis dum taxat Afranio et Fausto et Lucio Caesare iuvene; ac ne hos quidem uoluntate ipsius interemptos putant, quorum tamen et priores post impetratam ueniam rebellauerant et Caesar libertis seruisque eius ferro et igni crudelem in modum enectis bestias quoque ad munus populi comparatas contrucidauerat. denique tempore extremo etiam quibus nondum ignouerat, cunctis in Italiam redire permisit magistratusque et imperia capere; sed et statuas Luci Sullae atque Pompei a plebe disiectas reposuit; ac si qua posthac aut cogitarentur grauius aduersus se aut dicerentur, inhibere maluit quam uindicare. itaque et detectas coniurationes conuentusque nocturnos non ultra arguit, quam ut edicto ostenderet esse sibi notas, et acerbe loquentibus satis habuit pro contione denuntiare ne perseuerarent, Aulique Caecinae criminosissimo libro et Pitholai carminibus maledicentissimis laceratam existimationem suam ciuili animo tulit.*

⁷⁴⁶ PLUT. Cat. min. 7, 2.

Lenaeus *acerbissima satura leceravit* Salustio que había definido Pompeyo como “probo” de hechos pero de ánimo desvergonzado⁷⁴⁷. Sin ninguna duda nos encontramos frente al ejercicio de un *licet rescribere*⁷⁴⁸.

En este movimiento circular de dicho mordaz y respuesta se defiende toda una literatura de invectiva (de ataque y de defensa), que en la época de las guerras civiles es vastísima y que se convierte en un instrumento de propaganda política. Esta cultiva también géneros específicos como la fingida *oratio* que se imagina tener lugar ante un tribunal o frente al senado (son ejemplos la célebres *in Ciceronem* e *in Sallustium*, aquella ciceroniana *in Pisonem* que ocasionó una respuesta, del mismo tipo, por parte de Pisón⁷⁴⁹, o aquella que Cicerón escribió⁷⁵⁰ en respuesta a Curión padre)⁷⁵¹; o usa géneros ya reconocidos como las *epistulae* de las que bien conocidas son aquellas cargadas de veneno intercambiadas entre Antonio y Octaviano; o bien consistentes en meros escritos de invectiva sin pretensiones artísticas, como probablemente aquellos de V. Messala contra Antonio y el escrito de este último *de sua ebrietate*⁷⁵².

Pero la literatura difamatoria, por su naturaleza y por el modo en el que se desarrolla, en la época que consideramos, la difusión de

⁷⁴⁷ SUET. gramm. 15.: *Lenaeus, Magni Pompei libertus et pene omnium expeditionum comes, defuncto eo filiisque eius schola se sustentavit; docuitque in Carinis ad Telluris, in qua regione Pompeiorum domus fuerat, ac tanto amore erga patroni memoriam extitit, ut Sallustium historicum, quod eum oris probi, animo invecundo scripsisset, acerbissima satyra laceraverit, lastaurum et lurconem et nebulonem popinonemque appellans, et vita scriptisque monstrosum, praeterea priscorum Catonisque verborum ineruditissimum furem. Traditur autem puer adhuc Athenis surreptus, refugisse in patriam, perceptisque liberalibus disciplinis, pretium suum retulisse, verum ob ingenium atque doctrinam gratis manumissus.*

⁷⁴⁸ SEN. contr. 10, praef. 8.

⁷⁴⁹ CIC. ad Q. fr. 3,1,11.

⁷⁵⁰ CIC. Att. 3,12,2.

⁷⁵¹ Un ejemplo más es el recogido en ASCON. Tog. c.91 s. C, del que se conoce que L. Lucceius escribió contra Catalina algunas oraciones en las que se le reprochaba incesto y adulterio.

⁷⁵² CHARIS. gramm. I. 104, 18 K. (*de antonii statuis*) ; I, 146, 34 s (*de vectigalium Asiae constitutione*) ; I, 129, 7 (*contra Antonii litteras*). La naturaleza bastante vulgar y burlona de tales escritos se puede reconocer de las palabras de PLIN. nat. 33, 50. Entre los escritos difamatorios dirigidos a Antonio, además de los citados, se recuerdan: *contra maledicta Antonii*, de A. Pollio (CHARIS, gramm. I. 80, 2), y una sátira escrita por Trebonius en el 43 (CIC. fam. 12, 16, 3).

los escritos excepcionalmente -al menos hasta que se desarrolló la editorial y la figura del *librarius* y se practicó la *publica recitatio*- llegaba al vulgo; producida y fruto de los *primores* y por quien tenía con ellos vínculos de clientela no salía del ambiente y, por tanto, no publicándose, no presentaba, en principio, ningún peligro. No obstante, la divulgación de las obras escritas tenía lugar.

Cuando se trataba de un *liber*⁷⁵³, esto es de una obra de autor, la máxima publicidad de la obra se realizaba cuando un *librarius* promovía la redacción en numerosos ejemplares y la pública venta en las librerías. Pero aquella editorial del librero que da impulso al comercio libresco es una figura relativamente reciente. El primero que se conoce es Atico (amigo de Cicerón a quien dedica sus famosas Cartas). Por esto es oportuno considerar que hasta este momento la publicación de las obras escritas era privada: los autores consignaban el manuscrito, redactado en una o dos copias, a personas de cultura, normalmente amigos importantes, de los que se esperaba extraer útiles consejos y consideraciones. De las copias cedidas podían ser extraídas, autorizadas o no, nuevas transcripciones. En esto parece consistir el hecho de *edere* (*edicere, publicare, etc*) *librum*⁷⁵⁴.

⁷⁵³ Entre las acepciones del término *liber*, en el significado trasladado de *charta scripta*, asumido *per metonimiam materiae* (FORCELLINI, shv. signif. II, 1) está claramente documentada, ya en los escritos ciceronianos, aquella de obra escrita de autor, dividida al menos en partes (*libri* o *volumina* FORCELLINI, shv. signif. II, 2). Para la historia del libro, del material de escritorio y de la edición, se vean entre otras las investigaciones clásicas de BIRT, *Das antike Buchwesen*, Berlin 1882; DZIATZKO, sv. Buch, en RE III, 1, col. 939 ss; KLEBERG, *Buchhandel und Verlagswesen in der Antike*, Darmstadt 1967.

⁷⁵⁴ MARROU, “La technique de l’édition à l’époque patristique”, en VChr.3, 1949 p 208 ss sostiene que el fenómeno de la edictio implicaba sólo eventualmente y no necesariamente la presencia del librarius y que consistía simplemente en la transcripción que un tercero hacía de un manuscrito recibido del autor; en contra DZIATZKO, sostiene que se estaría ante un *publicare, divulgare, ἐκδίδοναι, vulgare, emitere, edere* sólo cuando interviene el librarius que dirija las copias para vender en la librería. A favor de la primera opinión se debe argumentar el fragmento de Cicerón Att. 8,9,1 (*quod me magno animi motu perturbatum putas, sum equidem sed non tam magno quam tibi fortasse videor. levatur enim omnis cura cum aut constitit consilium aut cogitando nihil explicatur. lamentari autem licet illud quidem totos dies; sed vereor ne nihil cum proficiam etiam dedecori sim studiis ac litteris nostris. consumo igitur omne tempus considerans quanta vis sit illius viri quem nostris libris satis diligenter, ut tibi quidem videmur, expressimus. tenesne igitur moderatorem illum rei publicae quo referre velimus omnia? nam sic quinto, ut opinor, in libro loquitur Scipio, 'Vt enim gubernatori cursus secundus, medico salus, imperatori victoria, sic huic moderatori rei publicae beata civium vita proposita est, ut opibus firma, copiis locuples, gloria ampla, virtute honesta sit. huius enim operis maximi inter homines atque optimi illum esse*

La publicación privada de las obras escritas permite en principio al autor controlar la circulación. No obstante el control de la difusión del *liber* podía huir de la mano del autor si se regaban y se divulgaban fuera del ambiente nuevas copias, con desconocimiento o contra la voluntad del autor mismo⁷⁵⁵.

La incertidumbre y los peligros del fenómeno se vieron en el caso de Valerius Valentinus, quien, además de haber compuesto con pseudónimo la conocida *Lex Tappula*⁷⁵⁶, parece que hubiera también escrito una obra, con puntos autobiográficos, tan indecentes y comprometedoras que, cuando él ejercitó una acusación criminal y siendo llevado el acusado a recuperar tal libro y presentarlo a juicio, se ve rechazada la acusación, si bien fundada, precisamente porque había escrito tal obra⁷⁵⁷: obra que claramente no estaba en venta en las librerías públicas y que el autor vanidosamente había hecho circular privadamente, confiando en la discreción de los destinatarios de las copias.

Dentro de los modos de difusión de las obras escritas debe recordarse la lectura pública. Tenemos conocimiento de la importancia del fenómeno en la época clásica, pero éste era ya difundido en la tardía época republicana⁷⁵⁸. Horacio nos habla de poetas que recitaban sus versos en el foro y en el teatro⁷⁵⁹. La

perfectorem volo.') que debe leerse conjuntamente con Att. 8,2,1 donde la publicación de un escrito parece que tuviese lugar cuando el mismo era dado a otro para que lo transcribiese (*mihi vero omnia grata, et quod scripsisti ad me quae audieras et quod non credidisti quae digna diligentia mea non erant et quod monuisti quod sentiebas. ego ad Caesarem unas Capua litteras dedi quibus ad ea rescripsi quae mecum ille de gladiatoribus suis egerat, brevis sed benevolentiam significantis, non modo sine contumelia sed etiam cum maxima laude Pompei. id enim illa sententia postulabat qua illum ad concordiam hortabar. eas si quo ille misit, in publico proponat velim. alteras eodem die dedi quo has ad te. non potui non dare, cum et ipse ad me scripsisset et Balbus. earum exemplum ad te misi. nihil arbitror fore quod reprehendas. si qua erunt, doce me quo modo mempsin effugere possim.*.) Otro dato a favor es el significado de edere que se recoge en D. 2,13,1,1 (Ulp. l. 4 ad ed): *Edere est etiam copiam describendi facere.*

⁷⁵⁵ CIC. Att. 3,12,2 en la que el Arpinate lamenta la divulgación de los discursos *in Curionem*, que él había hecho circular limitadamente y entre personas de confianza.

⁷⁵⁶ FEST. sv. *Tappulam legem* (496 L).

⁷⁵⁷ VAL. MAX. 8,1, *absol.* 8.

⁷⁵⁸ FUNAIOLI, sv. *recitationes*, en RE I. A, 1 col. 437 ss.

⁷⁵⁹ HOR. sat. 1,4,21: *beatus Fannius ultro delatis capsis et imagine, cum mea nemo scripta legat vulgo recitare timentis ob hanc rem, quod sunt quos genus hoc minime iuvat, utpote pluri culpari dignos*

novedad introducida por A. Pollinus (*primus enim omnium Romanorum advocatis hominibus scripta sua recitavit*⁷⁶⁰) parece consistir en las *recitationes* con invitación, en sala de propiedad del autor y no en el carácter público de la *recitatio*.

Cabe poner, a nuestro juicio, el acento sobre este fenómeno, no sólo para recordar que, respecto al problema de la represión difamatoria verbal, en esto confluye las connotaciones propias de la difamación oral y escrita, sino también para señalar que junto a éste (y cronológicamente antecedente), permanece aquel de la lectura privada, hecha ante un público de pocos íntimos, como aquella que Horacio practica⁷⁶¹, quizá *in conviviis et in circulis*⁷⁶². Ahora bien, puesto que sabemos que el tono de estos entretenimientos privados era utilizado para la máxima maledicencia y crítica personal (sobre todo cuando el clima político disuadía para manifestar muy ardorosamente el propio pensamiento en público, como durante el triunvirato), es espontáneo pensar que las lecturas de obras difamatorias, intencionadamente, tuviesen lugar en tales ocasiones y la ausencia de publicidad debía asegurar a sus autores, contrariamente a cuanto sucederá en el principado⁷⁶³, la más absoluta impunidad.

En conclusión, se puede afirmar que, en la época que ahora consideramos –la tardorrepública–, la literatura difamatoria habría tenido una circulación, oral o escrita, sólo limitada a ambientes cerrados. Esta circunstancia, unida al hecho de ser la literatura

1,4,75: *in medio qui scripta Foro recitent sunt multi quique lavantes: suave locus voci resonat conclusus. inanis hoc iuvat, haud illud quarentis, num sine sensu, tempore num faciant alieno*; *epist.* 1,19,41 ss.

⁷⁶⁰ SEN. *contr.* 4, *praef.* 2

⁷⁶¹ HOR, *sat.* 1,4,73: *nulla taberna meos habeat neque pila libellos, quis manus insudet vulgi Hermigenisque Tigelli. nec recito cuiquam nisi amicis, dique coactus, non ubi vis coramve quibuslibet*

⁷⁶² CIC. *Att.* 2,18,1; sobre la maledicencia de las reuniones convivales y en los *circuli* ver también *Balb.*

57.

⁷⁶³ Al respecto se recuerda la condena de Clutorius Priscus en TAC. *ann.* 3,49 y el caso del pretor Antisius condenado al exilio por Nerón por haber leído unos versos difamatorios durante un convite (TAC. *ann.* 14, 48).

intencionalmente producida y utilizada -en su mayoría- por la clase dirigente y por su clientela, impedía que el escrito difamatorio, al menos en la forma de *liber editus*, llegase al pueblo y explica porqué en las obras escritas se podían eludir las reglas dispuestas para la difamación oral: en los escritos encontramos el *laedere nominatim*, y no sólo en aquellos que podemos considerar autorizados en cuanto a la expresión de *legitimae disceptationes*; encontramos la *laudatio* y la *vituperatio* también de los vivos. A este respecto no debe tanto sorprender las largas mesas de obras escritas para crear o destruir el mito de Catón el menor después de su muerte -como hemos afirmado desde siempre se podía decir aquello que se quería de las personas difuntas- cuanto el difundirse de la literatura apologética y encomiástica de personas vivas⁷⁶⁴ y aquella autobiográfica⁷⁶⁵.

Pero junto al supuesto en el que la difamación escrita era fijada al *liber editus*, hay que añadir el fenómeno de la escrita o el diseño trazado en folletos esparcidos o sobre monumentos públicos. Las fuentes literarias designan tales escritos con los términos *inscriptio*, *libellus*, *epigramma*, *versus*, *carmen* y βιβλίον, y su difusión con los verbos *proponere*, *proscribere*, *spargere* y εκτιθεναι⁷⁶⁶. Este tipo de escritos, consistentes como máximo en una frase lapidaria -en prosa o en verso- y rigurosamente anónima, podía alcanzar aquella forma de publicidad que habitualmente el *liber* no tenía. Con el anonimato caía el vis-a-vis y era vano el *rescribere* (contestar). Así se podía eficazmente organizar y expresar el disenso político y hacer propaganda. Sabemos que al menos hasta la época de Nevio y Catón se difundían epigramas anónimos⁷⁶⁷. El fenómeno es registrado

⁷⁶⁴ Según Cicerón (*acad. post* 2,4) Lúculo habría visto celebrar su gesta contra Mitridates en griego y en latín.

⁷⁶⁵ La literatura autobiográfica nace con las memorias de M.A. Scaurus y P.R. Rufus.

⁷⁶⁶ Sobre el modo de difamación de tales escritos, se ha analizado en la literatura principalmente en relación con el *libellus* así véase VON PREMERSTEIN, sv. *libellus*, cit. col. 27 ss y SAMONATI, sv. *libellus*, cit. p. 799 ss

⁷⁶⁷ Se recuerda los *versus propositus* de Nevio contra los Metelos (CAES. BASS *gramm.* VI, p. 266 K; los epigramas contra Catón el mayor en PLUT. *Cat. mai.* 1,3.

también en época posterior⁷⁶⁸. Pero en la época del triunvirato que este fenómeno parece asumir una gran difusión y una impronta decididamente política y quizá es precisamente en esta época cuando el derecho se haya ocupado de él con una cierta energía.

Por cuanto respecta a la difamación oral, la represión ordinaria privada, después de la aplicación *actio iniuriarum ex edicto de convicio*, se mantendría de igual modo hasta el momento de la asunción del *convicium* en la noción de *iniuria-contumelia*⁷⁶⁹; sin embargo, una vez emanado el *edicto ne quid infamandi causa fiat*, incluso el insulto oral fue reprimido a título de *infamatio*: ello era formalmente posible⁷⁷⁰, al menos para los insultos que no venían proferidos *in coetu* y *cum vociferatione*⁷⁷¹ y tal circunstancia, en la práctica se traduciría en que se habría producido una ampliación de los casos de insultos reprimidos -no sólo aquéllos pronunciados en públicos o en alta voz- pero no en la gravedad de las consecuencias penales ya que se trataba de la misma acción (*actio iniuriarum*) concedida a título distinto (esto es de *infamatio* y no de *convicium*). Sobre las otras formas de represión, hay alguna huella, muy evanescente, del uso de la *coercitio*⁷⁷².

Las innovaciones normativas de las que tenemos conocimiento cierto, se central en la difamación escrita. De éstas, la más relevante, nos la trae el origen de la represión ordinaria privada de tal ilícito.

⁷⁶⁸ Se sabe por CIC. *ad. Q. fr.* 1,3,8 que circulaban en Roma versos anónimos contra la ley Aurelia y que eran falsamente atribuidos a Q. Cicerón. Por QUINT. 8, 3, 29 conocemos que Salustio era objeto de epigramas anónimos y así también un cierto Rufus.

⁷⁶⁹ BRAVO BOSCH, *La injuria verbal colectiva*,cit. pp.105 ss

⁷⁷⁰ D. 47,10,15,27 (Ulp. 57 ad ed): ...*proinde quis fecerit vel dixerit, ut alium infamet, erit actio iniuriarum.*

⁷⁷¹ D. 47, 10, 15, 12 (Ulp. 1. 57 ad ed): ...*sed id solum, quod cum vociferatione dictum est, sive unus sive plures dixerint, quod in coetu dictum est, convicium est: quod autem non in coetu nec vociferatione dicitur, convicium non proprie dicitur, sed infamandi causa dictum.*

⁷⁷² El único testimonio bastante explícito recoge el caso de T. Annius Luscus quien, hábil en la discusión de pregunta y respuesta, habría preguntado a Tiberio Gracco si hubo o no depuesto a un colega que por ley era sagrado e inviolable, aludiendo claramente a su lucha con Octavio (Plut. *Tib.* 14).

Ulpiano, después de haber citado la cláusula del edicto *ne quid infamandi causa fiat*⁷⁷³ comenta:

D. 47,10,15,27 (Ulp. 57 ad ed): *Generaliter vetuit praetor quid ad infamiam alicuius fieri. proinde quodcumque quis fecerit vel dixerit, ut alium infamet, erit actio iniuriarum. haec autem fere sunt, quae ad infamiam alicuius fiunt: ut puta ad invidiam alicuius veste lugubri utitur aut squalida, aut si barbam demittat vel capillos submittat, aut si carmen conscribat vel proponat vel cantet aliquod, quod pudorem alicuius laedat.*

(el pretor vedó en general que se hiciera cosa alguna para infamia de cualquiera; por consiguiente, por cualquier cosa que alguien hubiere hecho, o dicho, para infamar a otro, habrá la acción de injurias. Mas de ordinario son estas las cosas que se hacen para infamia de alguien, por ejemplo, si uno para odiosidad de otro usa un vestido lúgrube, o desaliñado, o si se quitara la barba, o se dejara crecer el cabello, o si escribiera versos, o expusiera, o cantara alguna cosa que ofendiera el pudor de alguno)

Entre los casos de aplicación del edicto *ne quid infamandi causa fiat* el jurista, por tanto, menciona el escrito difamatorio.

Aunque ya se ha dicho que la fecha de emanación de este edicto es incierta, éste es posterior a aquel *de convicio* y *de aptemptata pudicitia*; Servio lo conoce y comenta⁷⁷⁴; según MANFREDINI la ley silana *de iniuriis*, convencionalmente publicada en el 81 a.C.⁷⁷⁵ lo presupone o provoca la emanación, la *Rhetorica ad Herennium*, de la que al menos el primer libro ha sido publicada

⁷⁷³ D. 47. 10, 15, 25 (Ulp. 57. ad ed).

⁷⁷⁴ D. 47. 10, 15,32 (Ulp. 57 ad ed); Según DAUBE, *Ne quid...*cit. p. 426 la interpretación del jurista correspondería al período de su propia pretura en el año 65 a.C.

⁷⁷⁵ ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano, 1912, p. 359.

después del 88 a.C, parece no hacer mención, en un fragmento (*Rhet. Her. 4, 25, 35*) donde el desarrollo edictal de la *iniuria* es delineado con una cierta precisión histórica y terminológica, a la *infamatio*⁷⁷⁶; si acreditamos este indicio, deberíamos considerar que el edicto habría sido emanado en torno a los años de la dictadura de Sila.

Es lícito suponer que la amplia formulación de la cláusula hubiera inmediatamente puesto el problema de contener y determinar casuísticamente la esfera de aplicación⁷⁷⁷; por tanto, los casos citados por Ulpiano, en un fragmento en el que prevalece la perspectiva histórica del tratamiento del delito de la iniuria, pueden fundadamente ser considerados como los casos originarios en los que fue aplicado tal edicto.

De todos modos los signos de una primitiva dependencia de la represión del escrito difamatorio de la *infamatio* se encuentran todavía en las fuentes clásicas o más tarde en las que, en relación a las mudadas convicciones jurídicas, consideran este ilícito como un caso de *iniuria*⁷⁷⁸, tal dependencia está presente como hemos visto también en la tradición ciceroniana del *occentare sive carmen condere* atribuido a las XII Tablas⁷⁷⁹.

Todo esto nos lleva a afirmar que el edicto *ne quid infamandi causa fiat* constituyó la base normativa de la represión ordinaria

⁷⁷⁶ Así lo considera FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, en Enciclopedia del Diritto penale romano, I, Milano, 1905 p. 233 quien reclama como sustento el fragmento de la Coll.2,5,3; También DAUBE, *Ne quid...*cit. p. 438 analiza el fragmento de la *Rhetorica* bajo el perfil de la extensión de la iniuria a los diversos supuestos edictales y no lo usa para fechar el edicto *ne quid infamandi causa fiat*; en efecto, este autor supone que el edicto haya sido emanado entre el 200 y el 100.

⁷⁷⁷ Sobre la novedad que representa este edicto véase DAUBE, *Ne quid...* cit. pp. 417-420; como es conocido según este autor, a la circunstancia de que todo acto realizado con la intención de difamar habría sido formalmente perseguible en virtud de este edicto, se habría obviado a través de la *animadversio* pretoria o censoria ; entre estos figuraba el *carmen famosum* en cuanto susceptible de producir una nota censoria.

⁷⁷⁸ Gayo, 3,220; D. 47,10,5,9 (Ulp. 56 ad ed); D. 47, 10, 15, 44 (Ulp. 57 ad ed); PS 5,4,15.16

⁷⁷⁹ CIC, *rep.* 4,12: ... *quod infamiam faceret...*

privada del escrito difamatorio; que entre los casos más antiguos en los que tuvo aplicación figuraba este ilícito y que, antes de tal edicto la difamación escrita, no fuese ordinariamente reprimida.

Respecto a qué formas de difamación escrita era perseguida, sobre qué criterios generales inspiradores, y qué frecuencia tuvo tal represión, no lo sabemos. A falta de toda casuística al respecto, no considera MANFREDINI⁷⁸⁰ que las palabras de Ulpiano, deban entenderse como una cita histórica recabada de los más antiguos comentarios *ad edictum* y de las referencias horacianas contenidas en la sátira dirigida a Trebacio.

Ulpiano D. 47, 10, 15, 27 (Ulp. 57 ad ed) proyecta un supuesto complejo, de dudosa interpretación; el mismo análisis gramatical, sintáctico y semántico es difícil.

El término *carmen* en singular, parece indicar la individual, breve composición (una sátira o un epigrama) poético⁷⁸¹; *conscribere*⁷⁸² significa componer por escrito; *proponere*⁷⁸³, en relación con los breves escritos, expresa el hecho de divulgar a través de la colocación en lugar público o sobre monumentos: *cantare*⁷⁸⁴ es el hecho de entonar o recitar con voz modulada *carmina*; *laedere pudorem* no significa unívocamente dañar la fama, en sentido objetivo, sino que presenta valores subjetivos que reclaman el sentimiento de honor, de la pudicia y de la vergüenza⁷⁸⁵.

⁷⁸⁰ MANFREDINI, *La diffamazione*, cit.p. 198.

⁷⁸¹ Una definición del *carmen famosum* de época avanzada y documentada, cree Manfredini una ampliación de tal noción (la *sententia* 15 de PS 5,4 contenida en el cod. S. Germani 1278: HAENE, *Lex Romana Wisigothorum*, Lipsae 1848, p. 418) se colige como significado fundamental y originario aquel de sátira y epigrama. El valor de breve composición parece que se presupone por la doctrina.

⁷⁸² FORCELLINI, shv. *signif.* 4.

⁷⁸³ FORCELLINI, shv. *signif.* I. a, b;

⁷⁸⁴ FORCELLINI, shv. *signif.* II, 1.

⁷⁸⁵ Así DAUBE, *Ne quid* cit. p. 421. Las fuentes jurídicas citadas por este autor, en las cuales establece una relación entre pudor y fama, acreditan esta idea son D. 2,4,12 (Ulp. l. 5 ad ed); D.3,2,20 (Pap.l. 1 resp.); D. 47, 10, 1,5 (Ulp. 56 ad ed).

Si concebimos *proponere* y *cantare* como referidos a *carmen* además de *aliquod* y damos particular relevancia a la locución *proponere aliquod* entendiendo tal verbo en la acepción en la que se considera solvente en las fuentes respecto a los escritos difamatorios, se podría pensar que el fragmento proyecta, como hipótesis general, el caso de los escritos breves o dibujos ofensivos, *propositi* en lugar público o como hipótesis especial, considerada tal porque casuísticamente más frecuente, aquella de *carmen*, aquella de la breve composición poética que, además de ser divulgada a través de la consignación a terceros del documento que lo contiene (*tabulae, membranae*)⁷⁸⁶ podía también ser recitado o *propositum* en lugar público.

Esta interpretación fundamentada nos autoriza a suponer que, en el momento de acordar una acción privada contra la difamación escrita, el pretor se haya preocupado primeramente del fenómeno de los breves escritos –singulares composiciones poéticas, escrituras sobre monumentos o sobre muros- puesto que más fácilmente podían revestir una forma de publicidad sobretodo a través de *recitare* (o *cantare*) y *proponere* (o *in vulgo edere*)⁷⁸⁷. Además nos permite observar que la más antigua especulación jurisprudencial en tema de los escritos difamatorios (la cita de Ulpiano) está orientada a no distinguir, en el ámbito del fenómeno de los breves escritos difamatorios, ningún tipo específico salvo aquél del *carmen*; junto al *carmen* está el *aliquod* que comprende, además del graffiti, todas las formas que la historiografía contemporánea tiende a indicar como *libelli publice propositi ad infamiam alicuius conscripti* y a asimilarlos al *carmen*⁷⁸⁸.

⁷⁸⁶ Sobre el uso del material de escritorio por parte de los poetas para su poesía extemporánea véase MARQUARDT, *La vie privée*, cit. p. 472

⁷⁸⁷ Con ello MANFREDINI no quiere decir que el escrito largo, publicado como *liber editus*, no entrase en la previsión del edicto sino que, en el análisis jurisprudencial, esta figura, a la par del *libellus*, no es todavía distintamente considerada. (nota 27 p. 200)

⁷⁸⁸ Th.1.1. sv. *libellus* signif. I, A, 3 f. Por esto cree Manfredini que la figura del *libellus famosus*, en el

La jurisprudencia, en este periodo, no asume el término *libellus* en la descripción del fenómeno de la difamación escrita; esto sucederá sólo en época clásica y más tarde cuando a la alocución *libelli aut carmina*⁷⁸⁹ se atribuirá el valor de un antítesis entre los escritos de delación, de denuncia de graves culpas y todos los otros escritos difamatorios, de carácter polémico, satírico o dañino. Los *libelli famosi* de los que se ocupan los juristas de época avanzada son las denuncias calumniosas⁷⁹⁰, que las constituciones tardoimperiales reprimen con extrema severidad -si son anónimas- pero frente a las que también se admite la represión privada⁷⁹¹.

De cualquier modo, en los orígenes, la figura del *carmen conscriptum quod pudores alicuius laedat*, primigenia sobre todo otro género de escrito difamatorio. Ésta constituye el tronco del que desciende el *carmen famosum*. Esta locución, que encontramos en las

sentido de escrito satírico, de invectiva y no de escrito delatorio sea de creación historiográfica y que no encuentren una autónoma consideración ni en el lenguaje normativo ni en aquel jurisprudencial; tanto es así que al acto de individualizar la exacta connotación jurídica, la historiografía asimila el *libellus famosus* al *carmen famosum*, así véase: THEDENAT, sv. *libellus famosus, carmen famosum*, cit. p. 1176; VON PREMERSTEIN, sv. *libellus*, cit. col. 29. PFAFF, sv. *liber (oder libellus) famosus*, cit. col. 61; SAMONATI, sv. *libelli*, cit. p. 817; BRASIELLO, sv. *libellus famosus*, cit. p. 828 quien únicamente especifica que en época imperial la locución se tecnifica.

⁷⁸⁹ Gayo, 3,220; PS ,5,4, 15.17; I. 4,4,1.

⁷⁹⁰ Sobre la calumnia véase la obras de GARCÍA CAMIÑAS, *Delator: una aproximación al estudio del delator en las fuentes romanas* (Santiago de Compostela, 1983); *La lex remmia de calumniatoribus* (Santiago de Compostela, 1984; ISBN.: 84-7191-333-X); *Ensayo de reconstrucción del título ix del edicto perpetuo "de calumniatoribus"* (Santiago de Compostela, 1994; "Sobre los quadruplatores" en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, 1, 1984, p. 461-520; "Le crimen calumniae dans la lex Remmia de calumniatoribus" en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Bruselas, XXXVII, 1990. p. 117. "Presupuestos textuales para una aproximación al concepto de calumnia en el proceso privado romano" en *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, Madrid, 1992, III, p. 27-51; "Régimen jurídico del iusiurandum calumniae" *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, 1994, LX, p. 457-468; "Acerca del senadoconsulto Turpiliano" en *Estudios de Derecho romano en memoria de Benito Ma Remundo Yanes*, Burgos, 2000, I, p. 93-102; "Régimen jurídico del iudicium calumniae decimae partis" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, 2000, p. 227.239; "La acción edictal de calumnia al cuádruplo" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, 2001, p. 343-365; "Naturaleza del proceso criminal de calumnia" en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Madrid, 2002, p.- 45-54; "La acción edictal de la calumnia al cuádruplo" en *Estudios Jurídicos in memoriam del Profesor Alfredo Calonge*, Salamanca, 2002, p. 395-420; "El iusiurandum calumniae en la editio actionis y en la editio rationum del argentarius" en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, 2004, p.. 369-412.

⁷⁹¹ D. 47, 10, 15, 29 (Ulp. 57 *ad ed*): el *libellus* allí mencionado no es un escrito difamatorio (WITTMANN, *Die Entwicklungslinien*, cit. p. 328) sino un escrito de súplica (RABER, *Grundlagen*. cit. p. 63) o de denuncia dirigido al príncipe o a funcionarios.

fuentes no técnicas a partir de Horacio y Séneca⁷⁹² el rétor, en el lenguaje jurisprudencial de época clásica y posterior aparece con cierta frecuencia⁷⁹³ y parece designar, emblemáticamente, todo tipo de escritura de invectiva que no sea un escrito delatorio: *carmen facit non tantum, qui satyras et epigrammata, sed illegitimam insectandi alicuius causa, quidve aliud alio genere componit*⁷⁹⁴. El *carmen* y el *aliquod quod pudores alicuius laedat* del texto de Ulpiano, del que nos ocupamos, se componen unitariamente en la noción de *carmen famosum*.

Todavía habría que añadir, a nuestro juicio, dos observaciones acerca del fragmento Ulpiniano. La primera se refiere al hecho de que la represión ordinaria privada de la difamación escrita mantiene la conexión, como la difamación oral, con la *poeticarum licentia*: allí era la poesía dramática considerada cuando con ésta se maldecía nominativamente a alguno; aquí es el yambo, el epigrama, el *versus* a quien la multitud de los poetas de esta época unen la invectiva. La segunda observación surge del uso del término *pudor*; en su significado en el que se entrelaza el valor objetivo de fama a aquél más personal de pudicia, vergüenza, podemos encontrar el inicio del acercamiento, documentado también en época más avanzada, entre *carmen famosum* y *carmen turpe*.

Si el fragmento de Ulpiano nos ofrece noticias en torno a los géneros y a las formas de difamación escrita a las que comúnmente se dirige, al acto de su institución, la represión ordinaria privada, nada nos dice sobre los criterios generales a los que se pueda inspiraba en su concreto ejercicio.

⁷⁹² Hor. *epist.* 1, 19,31; Sen. *Contr* 5, 6.

⁷⁹³ D. 22. 5,21; D. 28.1.18.1; PS 5,4,6.15.

⁷⁹⁴ PS 5, 4, 15. *carmen facit non tantum, qui satyras et epigrammata, sed illegitimam insectandi alicuius causa, quidve aliud alio genere componit.*

Alguna noticia, al respecto, podemos deducir de la obra de Horacio. En efecto, está fundado suponer que el poeta, cuando menciona, en la *sátira* 2,1, el *ius* y el *iudicium* que regía en el tema de la poesía difamatoria (como es conocido él en este fragmento habla de *malum carmen*) tienda a referirse al edicto *ne quid infamandi causa fiat* y a la *actio iniuriarum* que corresponde. Podemos deducir que los argumentos apologéticos, desarrollados en este texto se dirigiesen idealmente a la *actio iniuriarum ex edicto ne quid...* En éstos podemos encontrar los criterios generales que, en la aplicación a un caso de difamación escrita, inspiraban el concreto ejercicio de la acción o bien, los factores y las condiciones por las que dependía el reconocimiento de la responsabilidad. Por esto podemos suponer que a ésta se pudiese llegar cuando el escrito difamatorio presentaba las siguientes connotaciones: un escrito que no circulaba en ámbito restringido sino que era vendido en librerías; un escrito que no era recitado en privado sino en público (se nota todavía el gran peso que tenía la publicidad), un escrito a cuya *licentia* el autor no pudiera contraponer su *virtus*, y ésta a la improbidad del difamado; un escrito que no fuese una respuesta a una precedente difamación y -en opinión de MANFREDINI- un escrito cuyo autor no pudiese buscar la protección de los poderosos.

A estos requisitos, que traemos directamente de las palabras de Horacio, añadiríamos sin duda la naturaleza no de *iocus*, de *levitas* ni de *urbanitas* del escrito. La posibilidad de que éstos tuvieran jurídica relevancia reposaba en el ejercicio de la *animadversio*⁷⁹⁵ pretoria, a través de la cual el magistrado decidía libremente si concedía o negaba la acción en caso de *infamatio*. En el postulado enunciado por Paulo⁷⁹⁶, según el cual *eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum et aequum ob eam rem condemnari: peccata enim nocentium*

⁷⁹⁵ D. 47, 10, 15, 25.28.

⁷⁹⁶ D. 47, 10, 18 pr..

nota esse et oportere et expedire. (No es bueno ni equitativo que al que infamó a un culpable se le condene por esto; porque es conveniente y útil que sean conocidos los delitos de los delincuentes), que descendía del hecho de ser la *actio iniuriarum*, una acción *in bonum et aequum concepta*⁷⁹⁷ y en el *animus*⁷⁹⁸.

Que en la aplicación de estas reglas –según MANFREDINI⁷⁹⁹– se favoreciese lo personalísimo y se protegiese intereses particulares y de clase, es posible; que en virtud de éstos –y sobretudo de aquella que autorizaba a divulgar la improbidad de otro– se ha acordado la máxima tolerancia a la difamación, incluso escrita, es probable. Pero al respecto no debe olvidarse que las fuentes no nos atestiguan ningún caso de aplicación de la *actio iniuriarum ex edicto ne quid infamandi causa fiat* por la difamación escrita.

⁷⁹⁷ Sobre la relevancia de esta regla para la determinación en concreto de la responsabilidad de la *infamatio* ver DAUBE, *Ne quid* ... cit. p. 433 y MARRONE, *Considerazione* ...cit. p. 481s quien en general, sostiene que las ofensas a la reputación, para ser punibles, además de otros requisitos entre los que fuese falsas e infundadas, debían de haber provocado una “disminución o un anulación de la capacidad jurídica” de la víctima (p. 483 ss).

⁷⁹⁸ El problema es discutido por RABER, *Grundlagen*, cit. en p. 70 s quien acepta la teoría del dolo tipificado; y por WITTMANN, *Die Entwicklungslinien*, cit. p. 321 ss, quien retoma la opinión tradicional sobre la necesidad del elemento subjetivo.

⁷⁹⁹ MANFREDINI, *La diffamazione*, cit.p. 204

CAPITULO III.

DIFAMACIÓN ESCRITA

LEX CORNELIA Y REPRESIÓN PÚBLICA

1. Difamación escrita y la *Lex Cornelia de iniuriis*.-

Una vez desarrollada la noción de *iniuria* a través de las cláusulas edictales y determinada la intervención pretoria que acoge la represión de los escritos difamatorios por medio de la *actio iniuriarum*⁸⁰⁰ *ex edicto ne quid infamandi causa fiat*, nos debemos plantear el impacto que sobre la *iniuria* tuvo con la *lex Cornelia de iniuriis* de la época de Sila⁸⁰¹ y, en concreto, su repercusión, si la tuvo, sobre la difamación escrita.

⁸⁰⁰ Respecto al procedimiento ordinario de la *actio iniuriarum* véase FERNÁNDEZ DE BUJAN, Derecho Público Romano...cit. proceso GARCÍA GARRIDO, MANUEL J. -*Derecho privado romano 14ª ed.* 2005; BRAVO BOSCH, La injuria verbal cit. 159 y ss; FERNANDEZ PRIETO, M. La difamación ...cit.pp.281 y ss; GUERRERO LEBRÓN, La injuria indirecta ...cit. 58-67.

⁸⁰¹ D. 48.2.12§4 (Venuleius Saturninus libro II. de Iudiciis publicis). Sobre la *Lex Cornelia de Iniuriis* y su atribución a Sila, REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian*, cit., pp. 370 ss.; P.E. HUSCHKE, *Gaius. Beiträge zur Kritik seiner Institutionen*, Leipzig, 1855, pp. 143 ss.; A.F. RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, I, 2ª edición, Leipzig, 1857, pp. 100-101; ZUMPT, *Das Kriminalrecht der römischen Republik*, II.2, cit., pp. 39 ss.; M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1892 (reimpresión Aalen, 1963), pp. 705 ss.; CUQ, su voz <<iniuria>>, cit., pp. 519 ss.; HITZIG, *Injuria. Beiträge zur Geschichte der Injuria im griechischen und römischen Recht*, cit., pp. 72 ss.; MOMMSEN, *Le Droit pénal romain*, T. III, pp. 45 ss. y pp. 94 ss.; ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, cit., p. 359; STEINWENTER, su voz <<iniuria>>, cit., col. 1556; PUGLIESE, *Studi sull'<<iniuria>>*, I, cit., p. 117; CRIFÒ, *Ricerche sull'<<exilium>> nel periodo repubblicano*, cit., p. 116; idem, "Ricerche sull'exilium. L'origine dell'istituto e gli elementi della sua evoluzione", cit., pp. 257-258; idem, su voz <<diffamazione e ingiuria>>, cit., p. 472; RABER, *Grundlagen klassischer Iniuriensprüche*, cit., pp. 3 ss.; GIOFFREDI, *I principi del Diritto penale romano*, cit., p. 20; CARNAZZA-RAMETTA, *Studio sul Diritto penale dei romani*, cit., pp. 212 ss.; MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'<<iniuria>> in età repubblicana*, cit., pp. 217 ss.; idem, *La diffamazione verbale nel Diritto romano I, Età repubblicana*, cit., pp. 205 ss.; PLESCIA, "The development of <<iniuria>>", cit., pp. 280 ss.; SANTA CRUZ TEIJEIRO-D'ORS, "A propósito de los edictos especiales <<de iniuriis>>", cit., p. 659; A. VÖLK, "Zum Verfahren der <<Actio Legis Corneliae de Iniuriis>>", en *Sodalitas. Scritti in onore de Antonio Guarino*, II, Napoli, 1984, pp. 561 ss.; PÓLAY, *Iniuria types in Roman Law*, cit., pp. 116 ss.; BALZARINI, <<De iniuria extra ordinem statui>>, cit., pp. 2 ss.; idem, "Ancora sulla <<Lex Cornelia de Iniuriis>> e sulla repressione di talune modalità di diffamazione", en *Estudios en Homenaje al profesor Juan Iglesias*, II, Madrid, 1988, pp. 579 ss.; V. GIUFFRÈ, *La 'repressione criminale' nell'esperienza romana*, Napoli, 1993, p. 139; O.F. ROBINSON, *The criminal law of ancient Rome*, Baltimore, Maryland, 1996, pp. 49 ss.; HAGEMANN, *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, cit., pp. 62 ss.; SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., pp. 151 ss.; PASCUAL LÓPEZ, *La inviolabilidad del domicilio en el Derecho español*, cit., pp. 25 ss.; GAUDEMET, *Le Droit privé romain*, cit., p. 278; MIGLIETTA, "Intorno al <<certum dicere>> nell'<<edictum 'generale' de iniuriis>>", cit., p. 242; FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación en el derecho romano*, cit., p. 116; GUERRERO LEBRÓN, *La injuria indirecta en Derecho Romano*, cit., pp. 43 ss.

La *Lex Cornelia de iniuriis* introdujo un procedimiento público – *quaestio de iniuriis*– para ciertos casos de *iniuria* y cuyo alcance es aún hoy discutido. El texto que nos remite los supuestos a los que se aplicaba la ley se recoge en el párrafo 5⁸⁰² del título 10 *de iniuriis et famosis libellis* en el libro 47 del Digesto donde se menciona que una *Lex Cornelia*⁸⁰³ concede una *actio iniuriarum* en caso de *pulsatio*, *verberatio* y entrada violenta en la *domus* de otro para que se creó una *quaestio de iniuriis* con el fin de reprimir por el procedimiento de los *crimina* estos tres supuestos específicos.

⁸⁰² *Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum, verberatumve, domumve suam vi introitam esse dicat. Qua lege cavetur, ut non iudicet, qui el, qui agit, gener, socer, vitricus, privignus sobriniusve est, propiusve eorum quemquam ea cognatione affinitateve attinget, quive eorum eius parentisve, cuius eorum patronus erit. Lex itaque Cornelia ex tribus causis dedit actionem: quod quis pulsatus, verberatusve, domusve eius vi introita sit. Apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fiat, lege Cornelia contineri* Sobre este pasaje, REIN, *Das Kriminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian*, cit., pp. 370 ss.; ZUMPT, *Das Kriminalrecht der römischen Republik*, II.2, cit., pp. 44 ss.; HITZIG, *Injuria. Beiträge zur Geschichte der Injuria im griechischen und römischen Recht*, cit., pp. 72 ss.; IHERING, *Actio iniuriarum. Des lésions injurieuses en droit romain (et en droit français)*, cit., p. 1; P.F. GIRARD, "Les jurés de l'action d'injures", en *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, p. 258; STEINWENTER, su voz <<iniuria>>, col. 1556; POLAK, "The Roman conception of the inviolability of the house", cit., p. 263; DEVILLA, su voz <<iniuria>>, cit., p. 706; W. KUNKEL, su voz <<quaestio>>, en *P.W.R.E.*, XXIV, Stuttgart, 1963, cols. 742 ss.; idem, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München, 1962, p. 51; J. C. GENIN, *La répression des actes de tentative en droit criminel romain (contribution à l'étude de la subjectivité répressive à Rome)*, Lyon, 1968, pp. 182-183; RABER, *Grundlagen klassischer Iniurienansprüche*, cit., pp. 3 ss. y pp. 78 ss.; LÜBTOW, "Zum römischen Injurienrecht", cit., p. 157; HUVELIN, *La notion de l'«iniuria» dans le très ancien droit romain*, cit., p. 32 n. 2; CARNAZZA-RAMETTA, *Studio sul diritto penale dei romani*, cit., pp. 213; PLESCIA, "The development of <<iniuria>>", cit., p. 280; POLAY, *Iniuria types in Roman Law*, cit., p. 116; SANTA CRUZ TEJEIRO-D'ORS, "A propósito de los edictos especiales <<de iniuris>>", cit., p. 659; SALGADO, "Contribución al estudio del <<domicilium>> en el Derecho romano", cit., p. 498; FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO, *Fundamentos de Derecho patrimonial romano*, cit., p. 340; D'ORS, *Derecho privado romano*, cit., p. 440; SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., pp. 151 ss.; HAGEMANN, *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, cit., p. 62; MARTINI, *Appunti di Diritto romano privato*, cit., p. 163; GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. Casos, acciones, instituciones*, cit., p. 535; PASCUAL LÓPEZ, *La inviolabilidad del domicilio en el Derecho español*, cit., pp. 25 ss.; FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación en el derecho romano*, cit., pp. 117 ss.; DOMÍNGUEZ LÓPEZ, "Antecedentes históricos de la violación de domicilio", cit., pp. 211 ss. Algunos autores incluyen entre los ilícitos de esta *quaestio* la difamación por medio de libelos. Así, MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana*, cit., pp. 228 ss.; idem, *La diffamazione verbale nel Diritto romano I, Età repubblicana*, cit., pp. 205 ss., donde matiza su postura anterior; idem, "L'iniuria nelle XII Tavole. Instabilis ex lege (Cornelia de iniuriis?)", cit., pp. 808 ss.; MUCIACCIA, "In tema di repressione delle opere infamanti", en *Studi Biscardi*, V, Milano, 1984, pp. 61 ss.; idem, "<<Libri ad infamiam>> e <<Lex Cornelia de iniuriis>>", en *Index*, 26, 1998, pp. 149-168; F. CAMACHO DE LOS RÍOS, *La infamia en el Derecho Romano*, Valencia, 1997, p. 35 y p. 107. Sin embargo, las fuentes no parecen ofrecer argumentos suficientes a favor de esta hipótesis. Al respecto, VÖLK, "Zum Verfahren der <<Actio Legis Corneliae de Iniuriis>>", cit., pp. 584 ss.; BALZARINI, "<<De iniuria extra ordinem statui>>", cit., pp. 72 ss.; idem, "Ancora sulla <<Lex Cornelia de Iniuriis>> e sulla repressione di talune modalità di diffamazione", cit., pp. 580 ss.; MIGLIETTA, "Intorno al <<certum dicere>> nell'«edictum 'generale' de iniuriis", cit., p. 245 n. 125.

⁸⁰³ Tal ley también es referida en PS 5,4,8 y las Instituciones de Justiniano 4, 4, 8 pero, contrariamente, no se recoge en las Instituciones de Gayo ni en la Collatio ni en el Código de Justiniano.

Ulpiano, en un fragmento extraído del libro 56 del comentario *ad edictum*, que es usado por los compiladores para ilustrar la *actio ex lege Cornelia*, después de haber enunciado las tres causas por las cuales la ley *dedit actionem* (*pulsare, verberare y vi domum introire*) y las personas que no podían ser jueces en tal procedimiento⁸⁰⁴; tras haber dado cuenta de las diversas opiniones jurisprudenciales formuladas al respecto⁸⁰⁵; después de haber dejado claramente entender que la titularidad de la *actio ex lege Cornelia* era estrictamente personal⁸⁰⁶ y haber afirmado que esta ley permitía al actor deferir el juramento, declara en

D. 47, 10, 5, 9-11 (Ulp. I 56 *ad ed*): *Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit composuerit ediderit dolo malo fecerit, quo quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit vel sine nomine, uti de ea re agere liceret et, si condemnatus sit qui id fecit, intestabilis ex lege esse iubetur.*

10. *Eadem poena ex senatus consulto tenetur etiam is, qui epigrammata aliudve quid sine scriptura in notam aliquorum produxerit: item qui emendum vendendumve curaverit.*

11. *Et ei, qui indicasset, sive liber sive servus sit, pro modo substantiae accusatae personae aestimatione iudicis praemium constituitur, servo forsitan et libertate praestanda. quid enim si publica utilitas ex hoc emergit?*

(Si alguno hubiere escrito, compuesto o publicado libro encaminado a la infamia de alguien, ó hubiere hecho con dolo malo que se hiciera algo de esto, aunque lo hubiere publicado en nombre de otro, o sin nombre, sería lícito ejercitar la acción por tal motivo; y

804 D. 47. 10. 5 pr.: *Lex cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumve domumve suam vi introitam esse dicat. qua lege cavetur, ut non iudicet, qui ei qui agit gener socer, vitricus privignus, sobrinusve est propiusve eorum quemquem ea cognatione adfinitateve attinget, quive eorum eius parentisve cuius eorum patronus erit. lex itaque cornelia ex tribus causis dedit actionem: quod quis pulsatus verberatusve domusve eius vi introita sit. apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fiat, lege cornelia contineri.*

⁸⁰⁵ D. 47,10,5,1-5.

⁸⁰⁶ D. 47, 10, 5, 6-7.

si hubiera sido condenado el que hizo esto, se dispone en virtud de la ley que no pueda ser testigo.

§ 10.—A la misma pena está sujeto en virtud del Senadoconsulto también el que hubiere hecho inscripciones, u otra cualquier cosa no escrita, para infamia de algunos; asimismo el que se hubiere cuidado de comprar o vender estas cosas.

§ 11.—Y a favor del que lo denunciase, ya sea libre, ya esclavo, Se establece un premio según la estimación del juez con arreglo á la cuantía de los bienes de la persona acusada, debiéndosele conceder al esclavo, acaso también la libertad; porque ¿qué se dirá, si de esto resulta utilidad pública?)

La discusión del fragmento es objetivamente compleja y ha dado lugar a toda una literatura de múltiples interpretaciones de las que no se puede dar sumaria cuenta. Limitándonos a las contribuciones más importantes, es posible, sin embargo, individualizar dos direcciones interpretativas predominantes.

Una primera dirección -fuertemente defendida por MOMMSEN⁸⁰⁷- niega cualquier relación entre la *lex Cornelia de iniuriis* y la difamación verbal. El autor postula que, en la época posterior a las XII Tablas, el *crimen famosi carminis*, previsto por los decenviros y reprimido por la pena capital y la pena accesoria de la intestabilidad, ha caído en desuso, siendo sustituido por la acción privada *ex edicto de convicio*. Con Augusto, a través de un senadoconsulto⁸⁰⁸, la canción y el escrito difamatorio habría de nuevo

⁸⁰⁷ MOMMSEN, *Strafr.* cit. 800; MOMIGLIANO, *Rec a Robinson*, cit. 122.

⁸⁰⁸ Tal senadoconsulto sería identificado con las disposiciones tomadas por Augusto en el 12 d. C (DIO. 56, 27, 1) y serían comentadas por Tácito en los *Annales* en 1, 72: *primus Augustus cognitionem de famosis libelli specie legis eius tractavit, commotus Cassi Severi libidine, qua viros feminasque inlustris procacibus scriptis diffamaverat*; y en Suetonio Aug. 55: *...censuit cognoscendum posthac de iis, qui libellos aut carmina ad infamiam cuiuspiam sub alieno nomine edant*. El senadoconsulto augusteo, retomaba la represión criminal a título de *maiestas*, no habría tenido sólo el objeto de introducir un procedimiento más riguroso, admitiendo delatores, sino también reprimir aquellos escritos difamatorios que, no especificando el nombre de la víctima, fuese difícil el ejercicio de la acción privada, como se lee en D. 47, 10, 6. El senadoconsulto citado por las *Pauli Sententiae* 5, 4, 15 no se referiría a aquel augusteo

sido reprimido criminalmente, a título de *maiestas*. Tal senadoconsulto habría retomado también la pena de la intestabilidad. Testimonios de esta pena y de este decreto se recogería en el fragmento de Ulpiano D. 47, 10, 5, 10 antes mencionado y en D. 28, 1, 18, 1 (Ulp. l.1 *ad Sab*): *Si quis ob carmen famosum damnetur, senatus consulto expressum est, ut intestabilis sit (si alguno fuese condenado por algún libelo infamatori, se expresó en un senadoconsulto, que sea intestable,; luego tampoco podrá hacer testamento, ni ser testigo de un testamento)*; Ulpiano, en D.47, 10, 5, 9, con la locución *intestabilis ex lege*, se referiría, pues, a la intestabilidad prevista por las XII Tablas⁸⁰⁹.

La primera crítica que se hace a esta teoría se basa en el hecho de que si la ley Cornelia ha sido en el momento -desde su emanación como en su evolución sucesiva- extraña a la difamación no tiene explicación que Ulpiano en un contexto donde habla de tal ley -todo el fragmento se refiere a ésta-, mencione el *liber ad infamiam alicuius scriptum*. Si fuese verdad que la intestabilidad, para la difamación verbal, ha sido retomada, junto con la represión criminal, con el senadoconsulto que el jurista recuerda al parágrafo 10., tampoco tiene sentido volver a mencionar en el parágrafo 9 la antigua intestabilidad conminada por los decemvros⁸¹⁰. Es muy improbable

y la cita no sería Pauliana (MOMMSEN, *Strafr.* cit. p. 800)

⁸⁰⁹ MOMMSEN, *Strafr.*... cit. p.800; se referirían a la intestabilidad de las XII Tablas también D. 22, 5, 21 pr. (Arc. Char.l.s. de test) y D. 28,1,26 (Gai l.22 *ad. ed. prov*).

⁸¹⁰ La idea de que las XII Tablas hayan reprimido el *carmen famosum*, además de la pena capital también con la intestabilidad (sostenida por MOMMSEN, LECRIVAIN, sv. *testimonium*, en DS V, p. 155 y BRECHT, sv. *occentatio*, cit. col. 1729), le parece a MANFREDINI francamente insostenible y creemos que es carente de sentido justificado. Esta pena en la concepción arcaica que muestra la tab.8, 22 parece consistir en la incapacidad de citar testimonio (así MOMMSEN, *Strafr.* cit. p. 990) de la que descendía la imposibilidad de realizar negocios *per aes et libram* (MANIGK, sv. *intestabilis*, en RE IX, 2, col. 1729; KASER, *RP* I, cit. p. 42) y por tanto, tiende a dirigir sus efectos hacia el futuro, parece del todo inconciliable con la pena de muerte. La definición gayana de intestabilidad (D. 28, 1, 26) que comporta la prohibición de prestar y de recibir testimonio y que proviene de aquella antigua, es referida en época clásica, como consistente en la pérdida de la *testamenti factio* activa y pasiva (D. 28, 1, 18 pr). Se añade también el hecho de que esta pena, en el principio de la época clásica tiende a configurarse como *legítima* en el sentido de que está prevista por las leyes públicas (o eventualmente por los senadoconsultos extensivos); y por tanto, cuando Gayo, en D. 28, 1, 26 dice: *cum lege quis intestabilis iubetur esse*, podría referirse al fundamento legislativo de la intestabilidad y no a su originaria derivación de las XII Tablas.

que el inciso *ex lege*, en un contexto en el que el término *lex*, en diversas construcciones, es usado bien 11 veces con un referencia segura a la ley Cornelia, no deba referirse a esta última, sino a las XII Tablas⁸¹¹.

Según MANFREDINI⁸¹², el error de fondo de esta interpretación está en el hecho de no distinguir, no sólo entre la difamación escrita y oral sino entre las diversas formas de difamación escrita que, en el fragmento ulpiniano antes citado, son consideradas separadamente: el largo escrito, el *liber editus*, para el que la ley Cornelia ha dispuesto la pena accesoria de la intestabilidad y los escritos breves o dibujos, generalmente *in vulgo propositi*, para los cuales un senadoconsulto ha extendido la misma pena y que Ulpiano, haciendo probablemente referencia al texto de la disposición, define *ἐπιγράμματα aliudve quid sine scriptura*, incluso *carmen famosum* como se hace en otro lugar⁸¹³.

Una segunda interpretación, dentro de la cual se incluyen todavía posiciones fuertemente diferenciadas, postula que originariamente la ley Cornelia fuese extraña a la difamación pero que un senadoconsulto de época augustea hubiera alargado la previsión de esta ley, y el *iudicium* que contemplaba, al supuesto de los escritos difamatorios, estableciendo también la pena de la intestabilidad.

⁸¹¹ PUGLIESE, *Studi*, cit.p. 140 considera que *ex lege*, de la que se habla que se refiere a las XII Tablas. Es comúnmente señalada la tendencia, totalmente predominante en la doctrina, considerar la intestabilidad por el *liber famosus* como proveniente de la ley Cornelia y no de las XII Tablas; entre otros véase: BRECHT, sv. *occenatio*, cit. col. 1729; VON PREMERSTEIN, sv. *libellus*, cit. col. 29; PFAFF, sv. *liber* (oder *libellus*) *famosus*, cit. col. 62; MANIGK, sv. *intestabilis*, cit. col. 1729; ROBINSON, *Freedom*, cit. p. 53; SMITH, *The Law*, cit. 173; BRASIELLO, sv. *libellus famosus*, cit. p.828; VON LÜBTOW, *Zum römische* cit. 158.

⁸¹² MANFREDINI, *La diffamazione* cit.p. 205

⁸¹³ D. 28, 1, 18, 1.

Esta tesis es mantenida por LEVY⁸¹⁴, partiendo de una sospecha de alteración avanzada por LENEL⁸¹⁵ a propósito del texto de Ulpiano en D. 47, 10, 5, 9 y a través de una lectura integradora de FERRINI⁸¹⁶, considera que en el fragmento la cláusula *uti de ea re agere liceret* no fuese clara y congruentemente correcta, por ello plantea la siguiente versión: *Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit composuerit ediderit dolote malo fecerit, quo quid forum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit vel sine nomine, (senatus consulto cautum est,) uti de ea re (ex lege) agere liceret et, si condemnatus sit qui id fecit, intestabilis [ex lege] esse iubetur*. Por tanto un senadoconsulto, emanado en época augusta, habría, según este autor, extendió la *quaestio ex lege Cornelia*, originariamente dispuesta por las notas *tres causae*, al *carmen famosum*. Ésta habría sido necesaria cuando el escrito difamatorio era anónimo (y sería el caso considerado por Ulpiano en el párrafo 10 con la integración *sine scriptura nominis*) y cuando anónimo era el destinatario del escrito, como afirma Paulo en

D. 47, 10, 6, (Paul. l.55 *ad ed*): *Quod senatus consultum necessarium est, cum nomen adiectum non est eius, in quem factum est: tunc ei, quia difficilis probatio est, voluit senatus publica quaestione rem vindicari. ceterum si nomen adiectum sit, et iure communi iniuriarum agi poterit: nec enim prohibendus est privato agere iudicio, quod publico iudicio praeiudicatur, quia ad privatam causam pertinet. plane si actum sit publico iudicio, denegandum est privatum: similiter ex diverso.*

⁸¹⁴ LEVY, “Paulus und Sentenzenverfasser”, en ZSS 50, 1930 p. 296 con la adhesión de PUGLIESE, Studi cit, p.139; SERRAO, *Il frammento leidense di Paolo*, Milán 1956, p. 81 ss; DE DOMINICIS, “Rapporti tra il iudicium privatum e il iudicium publicum dal diritto classico a Giustiniano”, en Scritti Giuffrè, I, Milán, 1967, p. 223; RABER, *Grundlagen*, cit. p.4.

⁸¹⁵ LENEL, *Paling*, II, 768.

⁸¹⁶ FERRINI, *Esposizione*, cit. p. 237.

(Este Senadoconsulto es necesario cuando no se expresó el nombre de aquel contra quien se obró; en este caso, como la prueba es difícil, quiso el Senado que la cosa sea vindicada para aquél en cuestión pública. Mas si se hubiera expresado el nombre, también se podrá ejercitar por derecho común la acción de injurias; porque no se le ha de prohibir á uno que ejercite la acción privada, porque se prejuzga el juicio público, pues pertenece á una causa privada. Mas si se hubiera ejercitado la acción pública, se ha de denegar la privada; y de igual manera al contrario)

Una posterior cita de tal senadoconsulto se recogería en

PS 5,4,15: *Qui carmen famosum in iniuriam alicuius vel alia quaelibet cantica, quo agnosci possit, composuerit, ex auctoritate amplissimi ordinis in insulam deportatur: interest enim publicae disciplinae opiniones uniuscuiusque a turpi carminis infamia vindicare* (Quien compusiera versos difamatorios o cualquier otro tipo de canción por la que pueda conocerse al injuriado, será deportado a una isla por la autoridad del amplísimo orden).

Extrapolando como no pauliano el fragmento desde el *interest* hasta el final y la referencia a la pena de la *deportatio* -como consecuencia de una contaminación con la represión augustea de los *libelli famosi* dispuesta a título de *maiestas* cuando las víctimas eran personas de rango- LEVY ve en la locución *quo agnosci possit* la doble referencia al anónimo del autor (Ulpiano en D. 47, 10, 5, 10) y al anonimato de la víctima (Paulo en D. 47, 10, 6) y, por tanto, la prueba de la unión del senadoconsulto; por esto propone añadir a *ex auctoritate* (*senatus lege cornelia conveniri potest*).

Las objeciones que se han opuesto a esta interpretación son varias y diversas. Partimos de la segura identidad del senadoconsulto citado por Ulpiano (D. 47, 10, 5,10), por Paulo (D. 47,10,6) y las *Pauli Sententiae* PS 5,4,15. Esta efectivamente no se puede excluir y así es constatada por el senadoconsulto citado por Ulpiano y por Paulo si argumentamos desde la sistematización reservada a los fragmentos por los compiladores. Pero esta unidad que traza un paralelismo entre los επιγραμματα *aliudve quid sine scriptura* y el *carmen famosum*, nos asegura que el senadoconsulto ha considerado una especial figura de escritos difamatorios, los escritos breves, los cármenes, epigramas, libelos *in vulgo propositi*, normalmente expuestos sobre monumentos públicos, y que no eran reconducibles a la figura del *liber editus*; breves escritos de los que el anonimato era la regla, pero que con los oportunos testimonios de testigos podían también ser perseguidos con la acción privada ya que, como afirma Paulo, se trataba de un hecho que *ad privatam causam pertinet*. Sólo en el caso en el que el difamado era anónimo no se podía ejercitar privadamente, faltando la legitimación activa. Por ello, el senadoconsulto, como argumenta Paulo, ha dispuesto, para este caso y sólo para éste, un *iudicium publicum*, con el fin de poder suplir, a través de la *accusatio publica*, la falta de legitimación para la acción privada. En conclusión, la lectura unitaria de los tres testimonios acredita la idea de que un senadoconsulto se haya expresamente ocupado de un tipo de escritos difamatorios no reconducibles al *liber editus* y que para éstos habría extendido, entre otras previsiones, la pena de la intestabilidad que, para el *liber editus*, había sido establecida *ex lege Cornelia*.

Por otra parte SMITH⁸¹⁷ a su vez plantea la crítica a las opiniones de MOMMSEN y LEVY a las que reprueba particularmente por no tener la distinción entre la figura del *liber famosus* y aquél de

⁸¹⁷ SMITH, *The Law* cit. p. 174

carmen o *libellus famosus*⁸¹⁸, dos géneros difamatorios profundamente distintos los cuales legitiman, sin duda, la idea de que hayan sido considerados por dos disposiciones normativas distintas, respectivamente aquel citado por Ulpiano en D. 47, 10, 5. 9 (*ex lege-liber famosum*) y aquel mencionado por el jurista en el fragmento sucesivo párr. 10 (*ex senatus consulto-epigrammata aliudve..*). No sería lícito suprimir esta antítesis, conscientemente indicada por Ulpiano, quien puntualmente refleja la diferencia entre *liber* y *carmen* (o επιγραμματα), y considerar que Ulpiano se expresa de manera indiferente.

En cuanto a la exigencia advertida por LEVY de que el D. 47, 10, 5, 9 un verbo rijan la proposición *uti de ea re agere liceret*, el autor rechaza la propuesta de este último (*SC cautum est*) *uti de ea re agere liceret (ex lege Cornelia)*, considerando que una respuesta plausible a esta exigencia se puede encontrar en las mismas palabras de Ulpiano que preceden al párrafo citado. Al par. 8, en la propuesta por MOMMSEN y KRÜGER, se lee: *Hac lege (Cornelia) permittitur actori ius iurandum deferre, ut reus iuret iniuriam se non fecisse. sed Sabinus in adsectorio etiam praetores exemplum legis secuturos ait: et ita res se habet*; porque al par. 9: *Si quis librum ad infamiam alicuius* (rell). (por esta ley se le permite al actor deferir el juramento, para que el reo jure que él no infirió injuria; pero dice Sabino en el libro de los Asesores que también los pretores deben seguir el ejemplo de la ley; y así es)

Para SMITH los dos fragmentos se leerían del modo siguiente:
Sed Sabinus... etiam praetores exemplum legis secuturos ait: et ita

⁸¹⁸ El *liber* es la composición escrita que por su extensión puede ser conocida sólo a través de la lectura; ejemplos de *libri famosi*: el *Anticato* de César y el *Trikataros* de Varrón.; el *libellus* es el breve escrito incluso de pocas frases que es difundido porque alguno lo recoge; ejemplos en SUET, *Iul.* 80; *Vit.* 14 y *Aug.* 55; el *carmen* es la composición breve destinada a ser cantada o recitada, como los cármes entonados por los soldados en el triunfo de César sobre los que nos informa SUET, *Iul.* 80 pero que pueden también ser difundidos por escrito. Después de que los *libri* y *libelli* hayan tenido la misma reglamentación, los primeros habrían sido asimilados a los segundos.

*res se habet: si quis librum ...ediderit, ...uti de ea re agere liceret...*⁸¹⁹.; por tanto regiría *uti de ea re agere liceret* la locución *et ita res se habet*.

De esta lectura el autor extrae los siguientes argumentos⁸²⁰. Los pretores (urbanos) habrían seguido el *exemplum legis Corneliae* en dar una acción a título de *iniuria* en el caso de publicaciones de *libri famosi* y en imponer la sanción de intestabilidad prevista por la ley. En un momento de gran incertidumbre en el ámbito de la represión privada de la difamación verbal, esto es, en la aplicación a este fenómeno de la misma ley general (que hemos deducido ser el edicto *ne quid infamandi causa fiat*)⁸²¹, Sila se habría ocupado de los libros difamatorios dirigidos contra la aristocracia y los habría sancionado con la intestabilidad. Los pretores habrían seguido el ejemplo⁸²².

Nos parece que debe considerarse cierta la apreciación sobre la distinción entre la figura del *liber famosus* del que Ulpiano se ocupa en D. 47, 10, 5, 9, y los *epigrammata* o *carmina famosa* que el jurista menciona en el parágrafo 10 del fragmento del Digesto citado y en D. 28, 1, 8, 1⁸²³; y que las dos figuras fuesen configurada *ex lege*

⁸¹⁹ SMITH, *The Law* cit. p. 173.

⁸²⁰ SMITH, *The Law* cit. p. 175 ss. El autor excluye que de la lectura propuesta se pueda fundadamente considerar que los pretores hubieran seguido el ejemplo de la ley en la que se acuerda la pena de la intestabilidad al *liber famosus*, que Sila había previsto sólo para el caso de la *verberatio, pulsatio* y *domum vi introitus*.

⁸²¹ Que SMITH piense que el edicto es el *ne quid infamandi causa fiat* se deduce del hecho de que él, como ejemplo de incertidumbre de la ley general, aduce el caso de Accio y Nevio que ha considerado referido a este edicto.

⁸²² SMITH, *The Law* cit. p. 175.

⁸²³ *epigrammata* y *carmina famosa* se consideran como una adhesión general a partir de ese texto; no cree MANFREDINI, en efecto, que en la noción de *carmen famosum* reentrasen las composiciones extemporáneas, como los cármenes triunfales —que por otro lado eran lícitos—, que no fuesen redactados por escrito; duda que haya habido una asimilación entre *liber famosus* y *libellus famosus*; este último, obviamente en el lenguaje jurídico jurisprudencialmente y normativo, parece designar sólo el escrito delatorio, no incluyendo aquél del escarnio y de ridículo; probablemente, si del *liber famosus* no se habla en otro lugar que a propósito de la ley cornelia, depende del hecho que, no obstante la dictadura amplia, Sila quería culpar a un particular *liber* y que prácticamente debía ser bastante raro el caso de un *liber editus* difamatorio, respecto al breve escrito divulgado en público (*carmen, epigramma, libellus, epistula*); es más probable que en la interpretación jurisprudencial de la época clásica avanzada el *liber* haya sido asimilado al *carmen famosum* que no al *libellus famosus*.

y *ex senatus consulto*⁸²⁴. Y, por ello, se debe acceder a la opinión de que la ley Cornelia se haya ocupado del *liber* disponiendo la pena de la intestabilidad.

No obstante desde este punto en adelante –en opinión de MANFREDINI⁸²⁵- no se puede seguir el pensamiento de SMITH que, en la determinación del contenido de la disposición silana, es particularmente reticente y ambiguo. Por ello Manfredini se plantea que si la ley cornelia, como es probable, se limita a disponer la pena de la intestabilidad para el *liber famosus* sin admitir la represión en las formas propias del *iudicium ex lege cornelia*, evidentemente tal pena guardaba relación con la acción privada *ex edicto ne quid*, y por tanto los pretores, en su edicto, no podían seguir el ejemplo de la ley sino que debían aplicar lo establecido en la misma. Si la ley Cornelia hubiese también dispuesto para el *liber famosus*, además que la sanción de la intestabilidad, el especial *iudicium* que, por otro lado, las fuentes atribuyen sólo a las conocidas *tres causae*, entonces el comportamiento de los pretores habría sido obligado: si tal *iudicium* era una acción privada, éstos habrían tenido que acordarlo y si era un *iudicium publicum* no habría podido ciertamente imitarlo.

Por otra parte BAUMAN⁸²⁶ interpreta los textos en dos contribuciones distintas y en las que también plantea dos opiniones diversas.

BAUMAN, en el primero de los estudios sobre el tema⁸²⁷, reexamina el texto de Ulpiano D. 47, 10, 5, 9 partiendo de las interpretaciones de LEVY y SMITH y llega a las siguientes conclusiones. Tendría sin duda razón SMITH en sostener la existencia

⁸²⁴ Este senadoconsulto habría sido emanado, según el autor, en los primeros años del principado de Augusto, antes que este iniciase la represión de la difamación a título de la *maiestas*; la disposición habría extendido la ley Cornelia al caso del *carmen* o *libellus famosus* (SMITH, *The Law* cit. p. 179).

⁸²⁵ MANFREDINI, *La diffamazione* cit. p. 212

⁸²⁷ BAUMAN, *The Crimen Maiestatis*, cit. p. 246 ss.

de una diferencia fundamental entre *libri* y *carmina*: los primeros se refieren a composiciones escritas y divulgadas por escrito, los segundos a composiciones orales. Pero para el autor, los *libelli* no pueden ser asimilados a la segunda categoría, sino a la primera, al igual que en las fuentes normativas de época avanzada son los *libri* los que van a ser comprendidos en los *libelli*.

Hecha esta precisión, el autor acoge la idea de SMITH según la cual la ley Cornelia se había ocupado de los *libri* (pero incluidos los *libelli*) y en un senadoconsulto ha previsto los *carmina*, esto es, la difamación oral. Sin embargo, en el mismo tiempo se aleja de la lectura del fragmento propuesta por SMITH para llegar a aquella de LEVY al menos allí donde éste entrevé, en el par. 9 de D. 47,10,5, la presencia de un senadoconsulto.

Sabemos por LEVY, quien no distingue entre *libri* y *carmina*, tal senadoconsulto es aquel citado por Ulpiano en el par. 10 del mismo fragmento, con el que se habría dispuesto la aplicación de la ley Cornelia a la difamación, originariamente extraña a esta figura.

BAUMAN en cambio, no por razones de forma sino de contenido, pone el acento sobre la locución "*etiamsi alterius nomine ediderit vel sine nomine*" y extrae la conclusión de que el hecho que se menciona es sólo la edición anónima o bajo pseudónimo del *liber* y no incluye la escritura y la composición (se habla sólo de *ediderit*, no de *scripserit* y *composuerit*), que tal referencia se encuentra insita en las precedentes palabras ulpinianas: esta locución se referiría a un senadoconsulto augusteo, aquel citado por Suetonio⁸²⁸ que habla de los *libelli aut carmina ad infamiam cuiuspiam sub alieno nomine*, para

⁸²⁸ SUET. Aug. 55. *Etiam sparsos de se in curia famosos libellos nec expavit et magna cura redarguit ac ne requisitis quidem auctoribus id modo censuit, cognoscendum posthac de iis, qui libellos aut carmina ad infamiam cuiuspiam sub alieno nomine edant.*

identificarse con el senadoconsulto ulpiniano de D. 47, 10, 5, 10, 11, aquel paulino de D.47, 10, 6 y de PS 5, 4, 15.

Este senadoconsulto habría primeramente ampliado la previsión de la ley Cornelia incluyendo la difamación anónima que la ley no consideraba; pero como sabemos (por Suetonio en particular: *libelli aut carmina*) que éste preveía la difamación anónima no sólo escrita sino también oral, debemos, por ello, deducir que, innovando respecto a la ley Cornelia sólo con respecto a la difamación anónima, tal ley preveía, junto a la difamación escrita (*libri* o *libelli*) también aquella oral (*carmina*), pero sólo nominativa⁸²⁹.

Por tanto parece que BAUMAN -respecto a la ley silana- afirma que ésta ha dispuesto el particular *iudicium* cuya titularidad correspondía a la sola persona lesionada a la represión de la difamación escrita (*libelli* o *libri*) y oral (*carmina*) no anónima, previendo también la sanción de intestabilidad. Un senadoconsulto de época augusta⁸³⁰ habría, en cambio, considerado la difamación escrita y oral pero anónima o bajo pseudónimo, a la que el príncipe era particularmente sensible. Éste, reticente o quizá jurídicamente impedido para aplicar el *crimen maiestatis* a la difamación dirigida contra él, ya que el único capítulo de la ley *Iulia de maiestate* era aquél de la *seditio*, habría solicitado, con dicho senadoconsulto, la ampliación de la ley Cornelia donde, en la *infamia alicuius*, habría encontrado lugar también la difamación contra el príncipe. Pero para lograr plenamente su fin, este Senadoconsulto se habría aprovechado, en el plano del derecho sustancial, de la ley Cornelia,

⁸²⁹ BAUMAN, cit. p. 256.

⁸³⁰ Los escritos anónimos comprendidos en el 6 d. C (DIO 55, 27, 1), falsamente atribuidos a P. Rufus (DIO 55, 27,2) que habrían ocasionado tal disposición, no habrían sido simplemente difamatorios sino incitantes a la sedición. El senado (DIO, 55, 27, 3) habría podido concebir un senadoconsulto en el que la difamación *sub alieno nomine* fuese considerada como incitación a la sedición con implícita extensión del *crimen maiestatis*; pero razones de oportunidad y quizá también jurídicas (sólo la difamación *in principem* podía técnicamente configurarse como *seditio* pero era además era arriesgado entenderla como una violación de la *maiestas populi Romani*) habría sugerido la extensión de la ley Cornelia y en su previsión de la *infamia alicuius* se habría podido insinuar también el príncipe (BAUMAN, cit. p. 260 ss).

ampliando la previsión con la consideración de la difamación (oral y escrita) anónima y bajo pseudónimo, y en el plano procesal, de la *quaestio de maiestate* (ya que era inútil el *iudicium ex lege Cornelia*), elevando por tanto la difamación al rango de *crimen*⁸³¹.

MANFREDINI⁸³² critica sólo lo apuntado sobre la ley Cornelia y parte del testimonio de Suetonio. El historiador acredita que se establece una *cognitio* para el caso específico de *scritti* (y el término *edere* no deja duda); no se puede por tanto usar este fragmento (leído conjuntamente con D. 47, 10, 5, 10; D. 47, 10, 6 y PS 5,4, 15) para sostener que la ley Cornelia, extendida por el procedimiento augusteo, prevea también la difamación oral (los *carmina*); al contrario, este fragmento confirma que el *carmen famosum* era ya una forma de difamación escrita y, generalmente, anónima. Por otra parte, no es posible imaginar, en la experiencia romana formas de difamación oral anónimas o bajo pseudónimo.

A esta obvia circunstancia evidentemente BAUMAN no ha pensado cuando ha realizado la hipótesis que el senadoconsulto augusteo se refería a la difamación escrita pero también oral, anónima. Al respecto, pues, no comprende MANFREDINI cómo se puede afirmar que la ley Cornelia no prevea la difamación anónima porque Ulpiano, enunciando la disposición, no lo dice expresamente; con tal que el difamado estuviese en disposición de demostrar ser el sujeto lesionado, la acción era ejercitable aunque el difamador fuera anónimo mientras que con pruebas testimoniales fuera posible

⁸³¹ Es eso, no siendo, el *iudicium ex lege Cornelia*, publico; no previendo, tal ley, una pública acusación ni una sanción criminal, este no se habría prestado a la operación; por esto, para reconducir en la esfera criminal la difamación verbal, se habría seguido dos vías: uso del supuesto *ex lege Cornelia* (*iniuria verbis ad infamiam alicuius*), ampliada con la compresión de la difamación anónima o BAJO pseudónimo, y utilización de la *quaestio de maiestate*, a la que se refiere Paulo en D. 47,10, 6. El Senadoconsulto habría recitado: *ut si quis librum...ad infamiam alicuius pertinentem scripserit...etiamsi alterius nomine edideris vel sine nomine, ea poena teneatur, qua tenetur qui homines ad seditionem convocasse iudicant sunt*. Si bien habría sido posible la avocación a tal jurisdicción por parte del senado y del príncipe mismo, su primera aplicación habría tenido lugar frente al tribunal imperial donde habría sido acusado y absuelto por primera vez Cassio Severo (Dio 55,4,3 y Dio 55,27,3) BAUMAN, cit. 264.

⁸³² MANFREDINI, *La diffamazione* cit.p. 217

descubrirlo y hacerlo condenar; sólo si la ley, por absurdo, hubiese explícitamente prohibido la persecución de la difamación anónimo, sólo en ese caso era improponible la acción. Finalmente se critica la idea del autor, según la cual la ley Cornelia habría -para la difamación oral y escrita no anónima- dispuesto la aplicación del especial *iudicium ex lege* (de ejercicio estrictamente personal y en el que estaba previsto un colegio de jueces de tipo de la *quaestio*) puesto que obvia el hecho de que por expreso testimonio de la misma éste se refiere sólo a las *tres causae*⁸³³ y, por tanto, no incluye a la difamación.

La opinión de BAUMAN expresada en el segundo trabajo⁸³⁴ respecto a la ley Cornelia es la siguiente.

La lectura de Ulpiano (D. 47, 10, 5, 9.10.11), Paulo (D. 47, 10, 6) y PS 5, 4, 15 está dirigida, según BAUMAN, a verificar la documentación jurídica de dos senadoconsultos que las fuentes literarias sugieren haber sido emanados en época augustea: un senadoconsulto que se recompondría de la combinación de Dión y Suetonio⁸³⁵, emanado en el 6 d.C, en el que reprimirían los escritos (*libelli aut carmina*) anónimos o bajo falso nombre, *ad infamiam cuiuspiam*, y un segundo senadoconsulto del 8 d. C, al que se referiría Dión y Tácito⁸³⁶, que se ocuparía de los escritos anónimos o

⁸³³ D. 47, 10, 5 pr.: *Lex cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumve domumve suam vi introitam esse dicat. qua lege cavetur, ut non iudicet, qui ei qui agit gener socer, vitricus privignus, sobrinusve est propiusve eorum quemquem ea cognatione adfinitateve attinget, quive eorum eius parentisve cuius eorum patronus erit. lex itaque cornelia ex tribus causis dedit actionem: quod quis pulsatus verberatusve domusve eius vi introita sit. apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fiat, lege cornelia contineri.*

e I. 4, 4, 8.:

⁸³⁴ BAUMAN, *Impietas in principem*, cit. p. 25 ss.

⁸³⁵ DIO, 55, 27, 1-3; SUET. Aug. 55

⁸³⁶ TAC. ann 1, 72; DIO, 56, 27, 1 con referencia al 12 d.C, habla de escritos ἐφ' ὧν βρεῖ τινῶν que habría provocado alguna condena. el episodio es por Bauman anticipado al 8 ya que habría huellas de una duplicación entre ciertos sucesos del 8 y del 12 (el príncipe a pesar de la salud enferma continua la actividad judicial: DIO. 55, 33, 5 y Dio, 56,26, 2; 27, 1); y el agravamiento de la pena de exilio (DIO.56,27,2), más que en el 12, año de paz, tendría una más congruente explicación en el 8 (BAUMAN, *Impietas* cit. p. 29 ss)

bajo pseudónimo, dirigidos contra *aliqui* o *τινες*, esto es, los *inlustres*⁸³⁷, como caso de *maiestas*.

En las fuentes jurídicas el autor pone primeramente la atención sobre el hecho de que Ulpiano en D. 47, 10, 5, 9, a propósito del *liber famosus* regulado por la ley Cornelia, afirma *si quis librum ad infamiam alicuius...* en cambio, D. 47, 10, 5, 10 a propósito de los *επιγράμματα aliudve quid sine scriptura*, previstos con el senadoconsulto, dice *in nota aliquorum*: he aquí, según BAUMAN, una primera verificación de que el senadoconsulto del 8, que se ocupaba de la difamación de los *inlustres*. Pero un senadoconsulto se habría escondido también en 47, 10, 5, 9; la proposición *etiamsi alterius nomine... vel sine nomine* no se explica congruentemente en el contexto de las palabras ulpianeas dedicadas al *liber famosum* previsto por la ley Cornelia⁸³⁸.

Si esta ley hubiese considerado también el caso de la difamación anónima, Ulpiano se hubiera expresado de otra manera; en realidad la proposición es “a fugitive” proveniente del senadoconsulto de D. 47, 10, 5, 10.11; D. 47, 10, 6 y PS 5,4,15. La extrapolación de *etiamsi alterius nomine...vel sine nomine* del párrafo 9 significaría que la ley Cornelia se ha ocupado sólo de la difamación escrita nominativa; su atribución al senadoconsulto del pár. 10 nos sugiere con MANFREDINI que éste se ha ocupado sólo de los escritos anónimos o bajo pseudónimo: circunstancia confirmada por el hecho de que en este lugar Ulpiano habla de *επιγράμματα (libelli)*⁸³⁹ *aliudve (carmina) sine scriptura (nominis)*, esto es, anónimo. La terminología ulpiana reducible, por BAUMAN, a los

⁸³⁷ BAUMAN, *Impietas*, cit. p. 32 ss.

⁸³⁸ Es reprimido con la *actio legis Cornelia*, esto es con un *iudicium privatum* y una pena privada: BAUMAN, cit. p. 37; 40; 38.

⁸³⁹ La interpretación de *επιγράμματα* como *libellus famosus*, en el sentido de escrito de denuncia (BAUMAN, cit. p. 38) es totalmente infundada.

libelli aut carmina anónimos, recuerda a Suetonio⁸⁴⁰ y el Senadoconsulto allí citado; y el par. 11 relativo al mismo senadoconsulto, recuerda a Dión⁸⁴¹ y por tanto, complexivamente, el senadoconsulto del 6 d.C relativo a la difamación anónima *ad infamiam cuiuspiam*.

Paulo, después, en D. 47, 10, 6 aseguraría que tal senadoconsulto preveía una represión criminal *per quaestionem*, con *accusatio publica*: por tanto la Ley Cornelia, que consideraba sólo la difamación escrita nominativa y disponía la represión a través del excepcional *iudicium* (y la pena de intestabilidad) de la que se ha dicho, habría sido ampliada, con el senadoconsulto del 6, a través de la previsión de la difamación anónimo y bajo pseudónimo; y el *iudicium* que ésta preveía se habría transformado, siempre con el senadoconsulto, en *iudicium publicum*, en *publica quaestio* provista de una *publica accusatio*.

Esta *quaestio ex lege Cornelia de iniuriis*, creada con el senadoconsulto del 6 d.C, habría constituido el instrumento procesal fundamental, en vigor hasta la tardía época imperial, para la represión de la difamación escrita anónima *ad infamiam alicuius o cuiuspiam*⁸⁴².

En el 8 d.C, por la necesidad de admitir los testimonios de los esclavos frente a los patrones, un senadoconsulto habría extrapolado de la disposición del 6 la figura de los *libelli aut carmina vel επιγραμματα sine scriptura nominis* para disponer la represión a título de *maiestas* (y, por tanto, con la *quaestio de maiestate*) para el caso

⁸⁴⁰ SUET, Aug, 55.

⁸⁴¹ DIO 55,27,3 y D. 47,10,5,11.

⁸⁴² Este *iudicium publicum ex lege Cornelia* habría sido muy usado en el bajo imperio, en los títulos de *famosis libellis* del CTh 9, 34 y C. 9,36. En la rúbrica del D. 47, 10 (*de iniuriis et famosis libellis*) se debería divisar, junto a la cita del *iudicium publicum ex lege Cornelia* dispuesto por el senadoconsulto de 6, (*de famosis libellis*), aquella de la *a. iniuriarum ex lege Cornelia* la cual habría mantenido su eficacia en la esfera de la difamación escrita no anónima (*de iniuriis*).

de que tales escritos fuesen dirigidos contra *inlustres*, esto es, *in notam aliquorum*. El doble binario de las dos *questiones ex senatus consulto* (la *quaestio ex lege Cornelia de iniuriis* y la *quaestio ex lege Iulia maiestatis*) habría creado alguna confusión en las fuentes así se mostraría en Ulpiano D. 47, 10, 5, 10 donde, al menos parece que trata del senadoconsulto del 6 d.C, deja huir una cita de aquel del 8 d.C (*in notam aliquorum*) y en la versión originaria de PS 5, 4, 15 Paulo probablemente se refería al senadoconsulto del 8 d.C⁸⁴³.

Contra la reconstrucción propuesta por BAUMAN en la que vistosamente la exégesis textual está insertada en una perfecta arquitectura, MANFREDINI reclama la exigencia de una mayor atención a la letra de los testimonios, sobre todo jurídicos.

Limitándose por ahora al problema de las relaciones entre difamación verbal y la ley Cornelia, sustentados por los conocidos textos de Ulpiano, reconoce MANFREDINI con BAUMAN, que a esta ley Ulpiano se refiere en D. 47. 10, 5, 9; pero ésta no ha dispuesto la aplicación de una especial *actio iniuriarum ex lege* más que para las *tres causae* (*pulsare, verberare y domum vi introire*) las cuales no comprenden la difamación; Ulpiano afirma que *ex lege* había sido dispuesta la única sanción de la intestabilidad y, en otro lugar, el jurista acredita la idea de que la acción aplicable al caso fuese la *actio iniuriarum ex edicto ne quid infamadi causa fiat*, respecto a la cual debemos suponer que la intestabilidad se pusiera como pena accesoria añadida a la *aestimatio pecuniaria*. Si ampliamos la previsión de la ley a otra disposición de especial sanción, hacemos caer arbitrariamente la dialéctica de la doble cita ulpiniana de la intestabilidad *ex lege* y *ex senatus consulto*.

⁸⁴³ BAUMAN, cit, p. 41-48.

La diferencia entre las dos disposiciones no consiste en el hecho de que la ley se ocupara de toda forma de difamación escrita pero no anónima y el senadoconsulto de toda forma de difamación escrita anónima o bajo pseudónimo; ésta deriva de la irreducibilidad del concepto de *liber*, del que se ocupa la ley, a los *ἐπιγραμματα aliudve quid sine scriptura*, considerados por tal decreto senatorial. Estas dos locuciones son aquéllas que, con toda probabilidad, han sido directamente usadas en las tesis originales de las dos disposiciones normativas y no es lícito proponer una lectura unitaria que anula la especificidad conceptual y terminológica (*libellus aut carmina vel epigrammata; cum scriptura nominis* en la ley Cornelia, *sine scriptura nominis* en el senadoconsulto).

En cuando al hecho de que la ley prevea sólo los escritos no anónimos, ya se ha dicho que la falta de expresa de previsión de la difamación anónima no impedía que se pudiese ejercitar victoriosamente la acción privada, incluso cuando el escrito no estuviera firmado. Serán pocas de las categorías de escritos, como las inscripciones murales o sobre los monumentos públicos, por regla general anónimos, para los que era del todo innecesario, en una disposición normativa, considerar expresamente el anonimato del autor. Sólo si era anónima la víctima del escrito – ya que no estaba en condición, ésta, de probar ser tal- la acción no podía ser ejercitada; y a este caso específico se refiere Paulo en D. 47, 10, 6 cuando habla de una *publica quaestio* instituida *ex senatus consulto*; su carácter excepcional y subsidiario respecto a la común acción privada está fuera de discusión.

No cabe por todo ello, en opinión de MANFREDINI, admitir el fragmento citado para sostener que un senadoconsulto habría transformado en *crimen*, en *iudicium publicum*, el ilícito y la relativa acción prevista en la ley Cornelia. Que un senadoconsulto pudiese

ampliar un crimen legal, o, para un cierto supuesto establecer la *accusatio publica* y- bajo este específico perfil- permitir que un *iudicium* privado pudiese también ser definido como *publicum*, es posible; pero, por cuanto nos consta, ningún senadoconsulto nunca ha realizado una operación jurídica similar a aquella proyectada por BAUMAN, que consiste, en definitiva, en la creación de una *iudicium publicum ex lege*, de una *publica quaestio ex lege Cornelia*. En cuanto a después pretender ver, en la represión de los *libelli famosi* establecida por las constituciones imperiales recogidas en el Código Teodosiano y Justiniano⁸⁴⁴, una prueba del vigor de tal *iudicium publicum ex lege Cornelia* establecido con el presunto senadoconsulto del 6, a los ojos de MANFREDINI y en nuestra opinión correctamente, aparece como inverosímil. Aquí se está en la esfera de los escritos de delación y no satíricos; éstos son rigurosamente anónimos pero la víctima es nominativa y, por tanto, a éstos es inaplicable el caso previsto por Paulo en D. 47, 10, 6 por lo que era necesaria la *publica quaestio*; éstos son regulados por las constituciones imperiales que parecen pretender frente a la imposibilidad de reprimir a los autores imponer la obligación de la destrucción inmediata y de la máxima reserva; éstos están bastante más cercanos a los *carmina extraordinaria* que a los *crimina legitima*⁸⁴⁵.

Exponemos pues ahora la opinión de MANFREDINI⁸⁴⁶ quien primeramente considera las presuntas irregularidades formales de D. 47, 10, 5, 9. Ulpiano, después de haber descrito la peculiaridad de la

⁸⁴⁴ CTh. 9, 34; C.9, 36

⁸⁴⁵ A estas fundamentales objeciones se pueden añadir otras. Si el presunto senadoconsulto del 6 se deduce de la lectura conjunta de D. 47, 10, 5, 10.11 y D. 47,10,6; si en particular la exacta formulación que el supuesto es documentada en D. 47, 10, 5, 9 como es posible pensar que en este lugar Ulpiano hace referencia al senadoconsulto del 8 argumento de la inocente alocución *in notam aliquorum*, que sería sólo los *inlustres*? Ni se sustenta la idea que el senadoconsulto del 8 haya recalcado el supuesto previsto por el senadoconsulto del 6 (esto es la sola difamación escrita y anónima: *libelli aut carmina vel επιγραφματα sine scriptura nominis*) ya que las fuentes historiográficas documentan casos de difamación oral contra *inlustres* reprimida a título de *maiestas*.

⁸⁴⁶ MANFREDINI, *La diffamazione* ...cit.

actio iniuriarum ex lege Cornelia y su ámbito de aplicación⁸⁴⁷, en el par. 9 dice: "si alguno hubiera escrito compuesto editado un *liber ad infamiam alicuius*, hubiera actuado con dolo para que esto sea realizado, cuando también haya editado el libro sin nombre o con pseudónimo (*etiamsi alterius nomine ediderit vel sine nomine*) – puesto que fuese posible en tal caso actuar- y si es condenado, es establecido por la ley Cornelia que sea intestable".

Esta lectura disipa las sospechas de no genuidad del fragmento. Se debe partir, en efecto, del presupuesto de que en este texto, Ulpiano, no se limita sólo a referir, con palabras probablemente conformes al original⁸⁴⁸ (al menos desde *si quis a fieri*)⁸⁴⁹, el contenido de la ley, sino que añade la reflexión del intérprete quien, toma el acto de hacer que un escrito difamatorio, que no contiene el nombre del autor, formalmente es, sí, perseguible con la común acción privada, pero es prácticamente bastante difícil sancionarlo, y se rinde además consciente de que si el escrito es editado sin el nombre de la víctima o la víctima es indicada con un pseudónimo, formalmente no es ejercitable la acción privada⁸⁵⁰. El jurista expresa esta reflexión en las proposiciones *uti...liceret* y *etiamsi ...ediderit*, que son íntimamente correlativas; y una correcta fusión, lógica y

⁸⁴⁷ D. 47, 10, 5 pr-8.

⁸⁴⁸ BRASIELLO, sv. *libellus famosus*, cit. p. 828.

⁸⁴⁹ Las mismas palabras las encontramos en I. 4,4,1; la única variante de importancia consiste en el hecho de que, en el lugar de *liber*, encontramos *libellus aut carmen*.

⁸⁵⁰ El principio de la intransmisibilidad activa de la *actio iniuriarum* (D. 47, 10, 13, pr. (Ulp. l 57 ad Ed) es una prueba de la necesidad de que fuese un interesado directo y personal para poder ejercitar la acción. Pero quien se considera víctima de un escrito difamatorio, en el cual, sin embargo, falta el nombre del difamado y las alusiones son bastante vagas y escasamente significativas, difícilmente se llega a demostrar tener el interés legítimo para ejercitar la acción. Y a MANFREDINI le parece que la insistencia con la que se pone el acento sobre la difamación *sine nomine* o *alterius nomine* (estas locuciones en D. 47,10,5,9 nos parecen referibles además del autor del escrito, también a la víctima) o sobre el *nomen adiectum* o *non adiectum* (D. 47,10,6), legitima la idea de que también en la represión de la difamación escrita se aplicase la antigua regla de la *laesio nominatim*, por la que si no era expresamente manifestado el nombre de la víctima, -incluso si ésta era fácilmente reconocible- no se concedía la acción. Estas circunstancias legitimaban plenamente las observaciones de Ulpiano referidas a la disposición de la ley Cornelia incluso si en esta el caso del anonimato no era expresamente tomado en consideración.

gramatical, con las restantes palabras del texto, se evidencia si se da a *uti* un valor hipotético o concesivo (si, con tal que)⁸⁵¹.

Por tanto es correcto asumir del texto ulpiano que la ley Cornelia había considerado el caso del *liber scriptus compositus* e *editus ad infamiam alicuius*, para establecer la pena accesoria de la intestabilidad, cuando, con un juicio ordinario, hubiese sido pronunciada la condena del culpable.

MANFREDINI sin duda considera que tal juicio no sea la especial *actio iniuriarum ex lege Cornelia* ni mucho menos un *iudicium publicum*. Ulpiano habla de *agere* y refiere la disposición de la ley cornelia en sede de comentario al edicto del pretor; y esto basta para que el juicio, al que era condicionada la pena de la intestabilidad, puede ser considerado privado no público. Pero el jurista, confirmado por otro testimonio⁸⁵², dice que la especial *actio ex lege cornelia* era prevista para las solas *tres causae* que no comprendían el *liber famosus*; y esto nos induce a excluir que el *agere* relativo a tal ilícito fuese aquel *ex lege Cornelia*.

No obstante, y aun considerando la necesidad de la distinción entre que Ulpiano claramente hace entre *liber* y *carmen*, resulta, en nuestra opinión, difícil de comprender el argumento de MANFREDINI de que se aplique una pena irrogada para un procedimiento público⁸⁵³ como el de la *quaestio ex lege Cornelia de*

⁸⁵¹ LEUMANN, HOFMANN, SZANTYR, *Lateinische Grammatik, II*, München, 1972, p. 647.

⁸⁵² I. 4,4,8.

⁸⁵³ De juicio público hablan, entre otros, CUQ, su voz <<iniuria>>, cit., pp. 523-524; PUGLIESE, *Studi sull'<iniuria>*, I, cit., pp. 117 ss.; CRIFÒ, su voz <<diffamazione e ingiuria>>, cit., p. 473; LÜBTOW, "Zum römisches Injurienrecht", cit., p. 159; SCHULZ, *Derecho romano clásico*, cit., p. 572; MÉHÉSZ, *La injuria en el Derecho penal romano*, cit., p. 40; GUIFFRÈ, *La 'repressione criminale' nell'esperienza romana*, cit., p. 139; FERNÁNDEZ BARREIRO-PARICIO, *Fundamentos de Derecho patrimonial romano*, cit., p. 340; HAGEMANN, *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, cit., p. 63; FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación en el derecho romano*, cit., pp. 126 ss. No obstante, para algunos autores la ley Cornelia habría introducido una acción privada que se desarrollaba ante un jurado compuesto según las normas de las *quaestiones* y siguiendo el rito de los juicios criminales pero que empero no llegó a constituir un *iudicium publicum*. Así KUNKEL, su voz

iniuriis a un juicio ordinario⁸⁵⁴ derivado de la *actio iniuriarum ex edicto ne quid infamandi causa fiat* y sobre un supuesto no contemplado en la *lex Cornelia*. Por ello, aún admitiendo la aplicación de la pena accesoria de la intestabilidad⁸⁵⁵ tal y como constata el fragmento de Ulpiano D. 47,10,5, 9-11. Dicha intestabilidad sólo es prevista para un supuesto ajeno a los contemplados en esta ley, los *libri famosi*, cuya represión es sancionada por un senadoconsulto de la primera época imperial (6 d.C) que habría extendido a los mismos la *quaestio ex lege Cornelia de iniuriis*, añadiendo dicha pena a la principal pecuniaria sin que existan, como señala PUGLIESE, elementos suficientes para afirmar que la misma fuese prevista en la propia *lex* para los tres supuestos en ella regulados⁸⁵⁶.

<<quaestio>>, cit., cols. 743 ss.; idem, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, cit., p. 51 y p. 53 n. 202, niega que estemos ante un *iudicium publicum* en el marco de la conocida opinión según la cual, en época republicana, la *quaestio* no se identifica necesariamente con un *iudicium publicum* y este se tiene sólo cuando la acusación es popular o es asignada al magistrado (D. 48.1.1); LINTOTT, *Violence in republican Rome*, cit., p. 130 n. 3; SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, cit., p. 152.

Frente a la tesis de la represión pública del procedimiento instaurado por la *Lex cornelia* se plantea la introducción de una acción privada tramitada a través del procedimiento formulario: (Cfr. BARTOLO, *Comm. in secundam Digesti*, Lugduni, 1550, p. 139), ha sido recientemente sostenida desde distintos puntos de vista por GENIN, *La répression des actes de tentative en droit criminel romain (contribution à l'étude de la subjectivité répressive à Rome)*, cit., pp. 176 ss.; BEHREND, *Die römische Geschworenengerichtsverfassung*, cit., pp. 115 ss.; MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'<<iniuria>> in età repubblicana*, cit., pp. 217 ss.

⁸⁵⁵ La intestabilidad como pena accesoria establecida por la ley *Cornelia* ha sido defendida, entre otros, por HUSCHKE, *Gaius. Beiträge zur Kritik seiner Institutionen*, cit., pp. 143 ss.; VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit., p. 706; RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, I, cit., p. 101; HITZIG, *Injuria. Beiträge zur Geschichte der Injuria im griechischen und römischen Recht*, cit., pp. 72 ss.; STEINWENTER, su voz <<iniuria>>, cit., col. 1556; LÜBTOW, "Zum römischen Injurienrecht", cit., pp. 158-160; MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'<<iniuria>> in età repubblicana*, cit., pp. 228 ss.; idem, *La diffamazione verbale nel Diritto romano I, Età repubblicana*, cit., pp. 205 ss., donde abandona parcialmente su postura anterior; idem, "L'iniuria nelle XII Tavole. *Intestabilis ex lege (Cornelia de iniuriis?)*", cit., pp. 809 ss., donde sigue precisando su postura tratando de contestar a las críticas; MUCIACCIA, "In tema di repressione delle opere infamanti", cit., pp. 61 ss.; CAMACHO DE LOS RÍOS, *La infamia en el Derecho Romano*, cit., p. 35 y p. 107.

⁸⁵⁶ D. 47.10.5§9-11. PUGLIESE, *Studi sull'<<iniuria>>*, I, cit., pp. 139 ss.; CRIFÒ, su voz <<diffamazione e ingiuria>>, cit., p. 473; VÖLK, "Zum Verfahren der <<Actio Legis Corneliae de Iniuriis>>", cit., pp. 584 ss.; RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*, cit., p. 4 n. 7; SANTA CRUZ TEIJEIRO- D'ORS, "A propósito de los edictos especiales <<de iniuriis>>", cit., p. 659; BALZARINI, <<De iniuria extra ordine, statui>>, cit., pp. 72 ss.; idem, "Ancora sulla <<Lex Cornelia de Iniuriis>> e sulla repressione di talune modalità di diffamazione", cit., pp. 586 ss.; PÓLAY, *Iniuria types in roman Law*, cit., pp. 128-129; GUIFFRÈ, *La 'repressione criminale' nell'esperienza romana*, cit., p. 139; LAPUERTA, "La llamada pena de intestabilis: La inhabilitación para testificar y para aportar testigos", cit., pp. 382 ss.; MIGLIETTA, "Intorno al <<certum dicere>> nell'<<edictum 'generale' de iniuriis>>", cit., p. 244 y p. 245 n. 125; FERNÁNDEZ PRIETO, *La difamación en el derecho romano*, cit., pp. 127-128 y p. 131; BLANCH NOUGUÉS, "Delitos y penas", cit., p. 8.

Si estuviésemos mejor informados en torno a estos textos, estas especiales “gacetas”, su modo de redacción⁸⁵⁷ y nivel de difusión⁸⁵⁸, a la entidad de las *fabulae* y de los *rumores* en estos contenidos⁸⁵⁹, podríamos quizás con mayor fundamento individualizar –dentro de la disposición silana a propósito del *liber famosus*- el objeto recóndito de reprimir este particular tipo de periódico⁸⁶⁰.

Que éste asuma la forma de *liber*, de largo escrito enrollado⁸⁶¹ los recabamos de Cicerón que al respecto habla de *volumen*⁸⁶². Que respeto a éste actuaran con distintos papeles *quis scripserit composuerit ediderit* lo encontramos en Cicerón quien atestigua la

⁸⁵⁷ Al respecto HUMBERT, sv. *acta populi*, p. 50 considera que, después de las reformas de César, las noticias oficiales eran publicadas sobre un muro encalado y los *librarii* privados redactaban copias, las vendían al público, bajo la forma de *memorialis libelli*, esto es *transversa charta* (SUET, *Iul* 56: *Reliquit et rerum suarum commentarios Gallici ciuilibus belli Pompeiani. nam Alexandrini Africique et Hispaniensis incertus auctor est: alii Oppium putant, alii Hirtium, qui etiam Gallici belli nouissimum imperfectumque librum suppleuerit. de commentariis Caesaris Cicero in eodem Bruto sic refert: 'commentarios scripsit ualde quidem probandos: nudi sunt, recti et uenusti, omni ornatu orationis tamquam ueste detracta; sed dum uoluit alios habere parata, unde sumerent qui uellent scribere historiam, ineptis gratum fortasse fecit, qui illa uolent calamistris inurere, sanos quidem homines a scribendo deterruit.'* de isdem commentariis Hirtius ita praedicat: *'adeo probantur omnium iudicio, ut praerepta, non praebita facultas scriptoribus uideatur. [cuius tamen rei maior nostra quam reliquorum est admiratio; ceteri enim, quam bene atque emendate,] nos etiam, quam facile atque celeriter eos perscripserit, scimus.'* Pollio Asinius parum diligenter parumque integra ueritate compositos putat, cum Caesar pleraque et quae per alios erant gesta temere crediderit et quae per se, uel consulto uel etiam memoria lapsus perperam ediderit; existimatque rescripturum et correcturum fuisse. reliquit et *'de analogia'* duos libros et *'Anticatones'* totidem ac praeterea poema quod inscribitur *Iter*. quorum librorum primos in transitu Alpium, cum ex citeriore Gallia conuentibus peractis ad exercitum rediret, sequentes sub tempus Mundensis proelii fecit; nouissimum, dum ab urbe in Hispaniam ulteriorem quarto et uicensimo die peruenit. epistulae quoque eius ad senatum extant, quas primum uidetur ad paginas et formam memorialis libelli conuertisse, cum antea consules et duces non nisi transuersa charta scriptas mitterent. extant et ad Ciceronem, item ad familiares domesticis de rebus, in quibus, si qua occultius perferenda erant, per notas scripsit, id est sic structo litterarum ordine, ut nullum uerbum effici posset: quae si qui inuestigare et persequi uelit, quartam elementorum litteram, id est D pro A et perinde reliquas commutet. feruntur [a puero et] ab adolescentulo quaedam scripta, ut *'Laudes Herculis'*, tragoedia *'Oedipus'*, item *'Dicta collectanea'*: quos omnis libellos uetuit Augustus publicari in epistula, quam breuem admodum ac simplicem ad Pompeium Macrum, cui ordinandas bibliothecas delegauerat, misit.)

⁸⁵⁸ Sólo Tácito en *Annales* 16,22, en época de Nerón dice que tal publicación gozaba de ávida lectura en provincias y por el ejército (*diurna populi Romani per provincias, per exercitus curatius leguntur*)

⁸⁵⁹ GIFFARD, *Ancient Rome's Daily Gazette*, en *Journalism History*, II (1975-1976) p. 106 ss.

⁸⁶⁰ Esta obviedad no comporta que, en el general lectura de *liber ad infamiam alicuius*, no entrasen otras publicaciones eventualmente de inspiración política o dirigidas a difamar a los exponentes de la clase aristocrática como supone SMITH, *The Law*, cit. 172.

⁸⁶¹ D. 32, 52 por. (Ulp.1.24 ad Sab)

⁸⁶² CIC, *fam*, 8,1,1.

actividad conjunta del compositor⁸⁶³, de los escribas *operarii*⁸⁶⁴ y del editor, esto es, quien divulga el *volumen*.

Después de la ley Cornelia viene el senadoconsulto mencionado por Ulpiano en

D. 47,10,5,10 (Ulp. l.56 ad ed): *Eadem poena ex senatus consulto tenetur etiam is, qui epigrammata aliudve quid sine scriptura in notam aliquorum produxerit: item qui emendum vendendumve curaverit.*

(a la misma pena está sujeto en virtud del Senadoconsulto también el que hubiere hecho inscripciones, o cualquier cosa no escrita, para infamia de algunos; asimismo el que hubiera cuidado de comprar o vender estas cosas)

El término *epigrammata* ha sido asumido según la opinión de MANFREDINI, en la disposición normativa, en su significado fundamental de *inscriptio*, de breve escritura, generalmente trazada sobre estatuas y monumentos⁸⁶⁵. En la lengua de Roma el término *epigramma*, como es conocido desde el final de la época de Cicerón y Varrón⁸⁶⁶, ha asumido el valor de breve composición poética, por lo demás de contenido satírico⁸⁶⁷. En el texto del senadoconsulto éste

863 CIC, *fam.* 2,8,1. *Quid? Tu me hoc tibi mandasse existimas ut mihi gladiatorum compositiones, ut vadimonia dilata et Chresti compilationem mitteres et ea quae nobis cum Romae sumus narrare nemo audeat? Vide quantum tibi meo iudicio tribuam (nec mehercule iniuria; politikteron enim te adhuc neminem cognovi): ne illa quidem curo mihi scribas quae maximis in rebus rei publicae geruntur cottidie, nisi quid ad me ipsum pertinebit. Scribent alii, multi nuntiabunt, perferet multa etiam ipse rumor. Qua re ego nec praeterita nec praesentia abs te sed, ut ab homine longe in posterum prospiciente, futura exspecto, ut ex tuis litteris, cum formam rei publicae viderim, quale aedificium futurum sit scire possim. Neque tamen adhuc habeo quod te accusem; neque enim fuit quod tu plus providere posses quam quivis nostrum in primisque ego, qui cum Pompeio compluris dies nullis in aliis nisi de re publica sermonibus versatus sum. Quae nec possunt scribi nec scribenda sunt; tantum habeto, civem egregium esse Pompeium et ad omnia quae providenda sunt in re publica et animo et consilio paratum. Qua re da te homini; complectetur, mihi crede. Iam idem illi et boni et mali cives videntur qui nobis videri solent.*

⁸⁶⁴ CIC, *fam.* 8,1,1.

⁸⁶⁵ Th.l.l. sv. *epigramma*, signif. 1; FORCELLINI, shv. 1. Iluminante es el fenómeno de los *fugitivorum epigramma* (Petron. 103);

Th.l.l. sv. *inscriptio*, signif. A.1, A.2; FORCELLINI, shv. I.l; Th.l.l. sv. *inscribo*.

⁸⁶⁶ CIC, *Arch.* 25; VARRO, l.l. 7,28

⁸⁶⁷ *Lascivam verborum veritatem id est epigrammaton linguam...*(MART. 1. *epist.* 9 s).

designa todo tipo de *inscriptio*, de breve escritura anónima. El lenguaje corriente en cambio designaba tales escritos, además de con el término –decididamente predominante– de *carmen*, también con *libellus*, *versus*, *versiculi* y *epigramma*.

La locución επιγραμματα⁸⁶⁸ (probablemente *alicuius*, τινος como recogen las fuentes bizantinas⁸⁶⁹) describen el fenómeno de los escritos breves anónimos hechos componer o producir⁸⁷⁰, para difamar a alguno, en lugar público, generalmente sobre los muros, los monumentos o las estatuas.

28. La breve escritura de escarnio o de invectiva es, en algunos casos, definida como *libellus*. Este término, en una acepción bastante difundida, designa el documento papiráceo que contiene una breve *inscriptio* de contenido distinto (un aviso, una invitación, un mensaje de recomendación, incluso política)⁸⁷¹ que es divulgado mediante su colocación (el verbo corriente es *proponere*) sobre las puertas, sobre las columnas, sobre los muros de las casas y de los pórticos⁸⁷². Este puede contener también escritos difamatorios y, en algunos casos, se distingue entre el *libellus*-documento a la escritura, pero en otros es el término *libellus* que, con o sin acompañamiento de adjetivos tales como *famosus* o *contumeliosus*, califica a tal escritura⁸⁷³. Se habla al respecto de *libelli* difundidos con voluntad, por ejemplo *in curia* o en otros lugares públicos⁸⁷⁴, pero se habla también de *libelli* escritos

⁸⁶⁸ El uso del término en la forma griega se podría explicar con la amplia difusión de escritos en lengua griega (por ejemplo: SEN, *sauss.* 1,6; SUET. *Ner.* 39; la gran copia de los epigramas en lengua griega recogidos en la Historia Augusta; o bien se podría pensar en una transcripción justiniana ocasionada por el florecimiento que se tuvo en esta época de la poesía epigrammática VON CHRIST, *Geschichte der griechischen Literatur*, II, 2, Tübingen, 1924, p. 978 ss.

⁸⁶⁹ B. 60,21,5,10.

⁸⁷⁰ FORCELLINI, sv. produco, signif. I.A, 2,b; I, B.3.

⁸⁷¹ Th.1.1. sv. *libellus* signif I, A, 3; PREMESTEIN, sv. *libellus* cit., col. 27; SALMONATI, sv. *libellus*, cit. p. 801.

⁸⁷² PETRON, 28; PROP. 3,23,23 ss; CTh. 2,14,1.

⁸⁷³ Por ejemplo SUET. *Iul.* 80: ...*libellus propositus est: Bonum factum: ne quis senatori novo curiam monstrare velit!*; SUET. *Vit.* 14: ...*libellus propositus est bonum factum, ne Vitellius Germanicus intra eundem Calendarum diem usquam esset.*

⁸⁷⁴ SUET. Aug.55; DIO, 55,27,3; 56,27,1.

sobre las estatuas; en efecto el más antiguo testimonio que nos muestra un ejemplo de tales escritos –un fragmento de Séneca el retor⁸⁷⁵– afirma: *conplures contumeliosi libelli proponebantur, ...sicut ille, qui subscriptus statue eius* (esto es Antonio) *fuit*. Suetonio refiriéndose a un *libellus*⁸⁷⁶ dice: *Subscripsere quidam Luci Bruti statuae: Utinam viveres! item ipsius Caesaris: Brutus, quia reges eiecit, consul primus factus est: /Hic, quia consules eiecit rex postremo factus est*. (...afirma: se presentaban varias inscripciones ofensivas,... como el que figuraba en el pedestal de su estatua. Suetonio refiriéndose a un *libellus* dice...unos fulanos pintaron en el pedestal de la estatua de Lucio Bruto: Ojalá vivieras, pero del mismo Cesar: Bruto primero se hizo cónsul porque echó a los reyes; Este porque echó a los cónsules terminó hecho rey).

Junto a éstos ejemplos de libelos, breves escritos difamatorios en prosa y en verso, trazados sobre estatuas se recuerda el testimonio de entonaciones generales que habla de *festivos libellos, quos statuae sciunt*⁸⁷⁷.

⁸⁷⁵ SEN. *Suas.* 1,6

⁸⁷⁶ SUET. *Iul.* 80:

Quae causa coniuratis maturandi fuit destinata negotia, ne assentiri necesse esset. Consilia igitur dispersim antea habita et quae saepe bini terniue ceperant, in unum omnes contulerunt, ne populo quidem iam praesenti statu laeto, sed clam palamque detrectante dominationem atque assertores flagitante. peregrinis in senatum allectis libellus propositus est: 'Bonum factum: ne quis senatori nouo curiam monstrare uelit!' et illa uulgo canebantur:

Gallos Caesar in triumphum ducit, idem in curiam:

Galli bracas deposuerunt, latum clauum sumpserunt.

Quinto Maximo suffecto trimenstrique consule theatrum introeunte, cum lictor animaduerti ex more iussisset, ab uniuersis conclamatum est non esse eum consulem. post remotos Caesetium et Marullum tribunos reperta sunt proximis comitiis complura suffragia consules eos declarantium. subscripsere quidam Luci Bruti statuae: 'utinam uiueres!' item ipsius Caesaris:

Brutus, quia reges eiecit, consul primus factus est:

hic, quia consules eiecit, rex postremo factus est.

conspiratum est in eum a sexaginta amplius, Gaio Cassio Marcoque et Decimo Bruto principibus conspirationis. qui primum cunctati utrunne in Campo per comitia tribus ad suffragia uocantem partibus diuisis e ponte deicerent atque exceptum trucidarent, an in Sacra uia uel in aditu theatri adorirentur, postquam senatus Idibus Martiis in Pompei curiam edictus est, facile tempus et locum praetulerunt

⁸⁷⁷ TERT. *nat.* 1,17: [1] *De obstinationibus uero uel praesumptionibus si qua proponitis, ne istae quidem ad communionem comparationis absistunt.* [2] *Prima obstinatio est, qua secunda a deis religio constituitur Caesarianae maiestatis, quod inreligiosi dicamur in Caesares, neque imagines eorum repropitiando neque genios deierando.* [3] *Hostes populi nuncupamur. Ita uero sit, cum ex uobis nationibus quotidie Caesares et Parthici et Medici et Germanici fiant. Hoc loco Romana gens uiderit, in quibus indomitae et extraneae nationes.* [4] *"Vos tamen de nostris aduersus nostros conspiratis!"*

Cuando lo escrito es en forma poética se habla casi siempre de *carmina*, *epigrammata*, *versi* y *versiculi*. Se trata de breves composiciones como los *versiculi vulgo per vias urbis proscripti* contra Ventidius Bassus que le echaban en cara, a él que había sido comerciante de mulas, de haber llegado al consulado⁸⁷⁸; como el lapidario verso que *ad statuam eius* (Augusto) *ascriptum est*, con el que se promulgaba su manía por los vasos de Corintio⁸⁷⁹; o como los *epigramma vulgatum*, siempre contra Augusto, donde era motivo de burla su pasión por los dados⁸⁸⁰; como los *sine auctore notissimi versus* en los que se criticaba la famosa cena de los doce de los puestos por Augusto⁸⁸¹; como los *versiculi* (no sabemos si a favor o en contra) dirigidos a Calígula *apud hibernas legiones*⁸⁸²; como las *multa* (*carmina*) *Grece Latineque proscripta aut Vulgata* contra Nerón⁸⁸³, como los *epigrammata* o *versus* que según los escritores de la *Historia Augusta* eran divulgados *in principem* y a los que el príncipe de turno respondía⁸⁸⁴.

Los ejemplos adoptados son suficientes para tener una idea bastante clara del fenómeno y de la forma de tales escritos. Estos son rigurosamente anónimos; prevalece la burla sobre la calumnia, consisten en pocas palabras, como mucho en versos; son designados

Agnoscamus sane Romanam in Caesares fidem: nulla umquam coniuratio erupit, nullus in senatu uel in palatiis ipsis sanguis Caesaris notam fixit, nulla in prouinciis affectata maiestas! Adhuc Syriae cadauerum odoribus spirant, adhuc Galli Rhodano suo non lauant! [5] Sed omitto uesaniae crimina, quia nec ista Romanum nomen admittunt: uanitatis sacrilegia conueniam et ipsius uernaculae gentis inreuerentiam recognoscam et festiuos libellos, quos statuae sciunt, et illa oblique nonnumquam dicta a concilio atque maledicta quae circi sonant: si non armis, saltem lingua semper rebelles estis. [6] Sed aliud, opinor, est non iurare per genium Caesaris: dubitatur enim de periuris iure, cum ne per deos quidem uestros ex fide deieretis. [7] Sed non dicimus deum imperatorem: super eiusmodi enim, quod uulgo aiunt, sannam facimus. [8] Immo qui deum Caesarem dicitis, et deridetis dicendo quod non est, et maledicitis, quia non uult esse quod dicitis: mauult enim uiuere quam deus fieri!

⁸⁷⁸ GELL. 15,4,3

⁸⁷⁹ SUET, Aug. 70: *Pater argentarius, ego Corintharius*.

⁸⁸⁰ SUET, Aug. 70: *Postquam bis classe rictus naves perdidit, / aliquando ut vincat, ludit assidue aleam*.

⁸⁸¹ SUET, Aug. 70.

⁸⁸² SUET. Cal. 8.

⁸⁸³ SUET. Ner. 39

⁸⁸⁴ LAMPR. Alex. 14,3; 38,3; Diad. 7,3; SPART, Pesc. 8,1-6; 12, 5-8; CAPITOL, Opil 7,7; 11, 3-7; TREB. trig. tyr, 11,5; Claud. 10.1-6; VOPIS. Aurelian, 6,4; 7,2.

generalmente con los términos *carmen*, *versus*, *versiculus* pero también *libellus*; sobre su difusión no se habla de *edere* sino de *proponere*, *vulgare*, *proscribere* y, frecuentemente, aparecen escritos sobre monumentos.

Es importante ver cómo las fuentes literarias comienzan a dar particular relieve al fenómeno especialmente en la época de la dictadura de César y del triunvirato. Y en una época de tales profundas laceraciones y revoluciones no es absurdo que se recurriese más de lo común al graffiti para expresar el descontento político o para atacar a los enemigos personales. Además en esta época podría haber sido emanado un senadoconsulto que, con el objeto de detener, extendiera a los escritos difamatorios las graves sanciones de la intestabilidad establecida en la ley Cornelia para el *liber editus*. La irreducibilidad de esta forma de difamación a las *inscriptiones*, hizo necesaria la emanación de una disposición *ad hoc*, tanto más que con ésta se consideraba, junto a las *inscriptiones*, también el *aliudve quid sine scriptura*, esto es, todo lo demás no escrito (ετερον αγραφων, dicen en efecto los bizantinos)⁸⁸⁵ que fuese producido o hecho producir (*producere*) *in notam aliquorum*: signos⁸⁸⁶, dibujos, esculturas y a estas particulares formas de difamación se debe referir las palabras de Ulpiano que aludían a la responsabilidad de quien efectúa la adquisición y la venta.

Pero la superior predominancia –entre los medios de difamación gráficos y materiales, no reconducibles al *liber editus*- del *carmen* ha hecho que el supuesto complejo previsto por el senadoconsulto, haya sido, en las incidentales citas de los juristas de época posterior, el designado con ese término. El mismo Ulpiano que en el lugar de

⁸⁸⁵ B. 60,21,5,10.

⁸⁸⁶ Así se puede pensar en el *culleus* puesto a la estatua de Nerón después de la muerte de Agripina o al niño expuesto en el foro con un cartel en el que se había escrito: no te recojo porque no mates a la madre (DIO, *epit.* 62,16,2) o al *cirrus appositus* a la estatua de Nerón mencionado por SUET. *Ner.* 45.

discusión –donde refiere el contenido de la disposición normativa– habla de *ἐπιγράμματα aliudve quid sine scriptura*, en otro lugar, cuando se limita a hacer una genérica cita, habla de *carmen famosum*⁸⁸⁷. Así vemos en

D. 28,1,18,1 (Ulp.l.1. *ad Sab*): *Si quis ob carmen famosum damnetur, senatus consulto expressum est, ut intestabilis sit.*

No duda MANFREDINI de que en este fragmento se testimonie el mismo senadoconsulto mencionado en D. 47, 10, 5, 10 y que la diferencia entre *ἐπιγράμματα aliudve quid sine scriptura* y *carmen famosum* sea la misma que entre una cita de la letra del senadoconsulto y un cita estereotipada, ejemplificativa y convencional del mismo⁸⁸⁸.

La reconocida unión entre los dos supuestos (epigramas y cármenes) acredita con posterioridad la idea sostenida por MANFREDINI de que cuando las fuentes clásicas y más tarde hablan de *carmen famosum* se refieren siempre a una forma de difamación escrita.

El último fragmento citado lleva todavía a hacer dos observaciones. Si Ulpiano, como es probable, ha encontrado mencionado el senadoconsulto en la obra de Sabino, que comenta, quiere decir que éste ya había sido emanado en época precedente o contemporáneamente a éste último. La intestabilidad figura, en el fragmento, claramente como pena accesoria, subordinada al éxito de un procedimiento que MANFREDINI por las razones antes esbozadas a propósito de la ley Cornelia, consistente en la *actio iniuriarum ex*

⁸⁸⁷ Manfredini, *La diffamazione...* cit. 233.

⁸⁸⁸ Así en D.22.5.21 pr (Arch. Char.l.s *de test*);

edicto. También si se trataba de formas de difamación anónimas, con tal de que la víctima fuese expresamente mencionada, no se impedía el ejercicio de la común acción de injurias; a través de testimonios e informaciones era posible llegar a la condena del autor anónimo.

A este último orden de problemas se refiere D. 47,10,5,11 y D. 46,10,6:

D. 47,10,5,11 (Ulp. l. 56. *ad ed.*): *Et ei, qui indicasset, sive liber sive servus sit, pro modo substantiae accusatae personae aestimatione iudicis praemium constituitur, servo forsitam et libertate praestanda. quid enim si publica utilitas ex hoc emergit?*

El fragmento ha sido considerado como enteramente interpolado⁸⁸⁹: éste sería muestra del derecho justiniano. Ello puede ser verdad pero no se puede excluir, según MANFREDINI, que alguna referencia a premios para conceder a los informadores fuese contenida en el texto del senadoconsulto ya que éste se ocupaba de una forma de ilícito respecto al que el anonimato del autor era la regla. Esta posibilidad parece apoyada por un fragmento de Dión Cassio⁸⁹⁰ donde se dice que, en el 6 d.C, siendo por la noche divulgados muchos escritos (βιβλία εξετιθεσαν) bajo falso nombre, fue decretada (εψηφισθη) una investigación con promesa de premios para los informadores; las informaciones fueron recogidas pero esto llevó al abatimiento en la ciudad y no se siguieron los procesos.

El testimonio de Dión podría documentar un caso de aplicación del senadoconsulto, primeramente que, como se pretende, la ocasión en la que fue emanado tal disposición; nada deja entrever la

⁸⁸⁹ FERRINI, *Esposizione*, cit. p. 237; GIRARD, *Les jures de l'action d'injures*, en *Mélange Gernadin*, Paris 1907, p. 266; BESELER, *Beiträge*, III, cit. 79.

⁸⁹⁰ DIO 55, 27, 1-3.

emanación de un decreto normativo si bien la decisión de promover una investigación para conseguir descubrir a los autores de tales escritos, probablemente tomada – dada la gravedad del caso- por el propio senado: y esto no significa que el propio senado hubiera juzgado a los culpables, tanto es verdad después de descubiertos a través de los informadores, no fueron procesados.

Por tanto este testimonio –según MANFREDINI- además de representar un posible *terminus ante quem* de la emanación del senadoconsulto⁸⁹¹, clarifica adecuadamente el papel de los que en el fragmento ulpiano son designados con el verbo *indicare* y para los que son previstas las recompensas: no acusadores en sentido técnico sino simples informadores que ofrecían sus noticias a los órganos de policía o a los particulares interesados; no eran quienes para promover el proceso y a éste habrían eventualmente participado en calidad de testigos.

Desarrolla estas consideraciones porque en el tenor justiniano de las palabras atribuidas a Ulpiano se habla de *indicare* precisamente, de *accusata persona* y esto podría inducir a creer que se refiere a acusadores en sentido técnico⁸⁹², con la consecuencia de deber concebir el *iudicium*, contemplado por el senadoconsulto, como público y no privado.

Esta suposición, ya destinada a encontrarse con el hecho de que, en el fragmento ulpiano, son previstos, entre otros que pueden *indicare*, también los esclavos cuyo derecho a la acusación en un

⁸⁹¹ La promesa de recompensa a los informadores recuerda a las conocidas disposiciones de las procripciones tomadas por los triunviros (APP. b.c. 4,14) y las consideraciones acordadas a tales personas; esto podría ser un indicio a favor de la idea de que el senadoconsulto fuese emanado en esta época, aunque se tienen también testimonios de informadores que se remontan a una época más antigua así como a la época silana (APP. b.c. 1,95).

⁸⁹² D. 50, 16, 197 (Ulp. l. 50 ad ed): *indicasse est detulisse: arguisse accusasse et convicisse*; parece que Ulpiano no entienda en este fragmento *deferre* en sentido técnico-jurídico de *accusare* sino en aquel corriente de denunciar.

procedimiento criminal no fue nunca reconocido, le parece a MANFREDINI desmentida por cuanto es documentado en

D. 47, 10, 6 (Paul.I.55 *ad ed*): *Quod senatus consultum necessarium est, cum nomen adiectum non est eius, in quem factum est: tunc ei, quia difficilis probatio est, voluit senatus publica quaestione rem vindicari. ceterum si nomen adiectum sit, et iure communi iniuriarum agi poterit: nec enim prohibendus est privato agere iudicio, quod publico iudicio praeiudicatur, quia ad privatam causam pertinet. plane si actum sit publico iudicio, denegandum est privatum: similiter ex diverso.*

PAULO; Comentarios al Edicto, libro LV.—Este Senadoconsulto es necesario cuando no se expresó el nombre de aquel contra quien se obró; en este caso, como la prueba es difícil, quiso el Senado que la cosa sea vindicada para aquél en cuestión pública. Mas si se hubiera expresado el nombre, también se podrá ejercitar por derecho común la acción de injurias; porque no se le ha de prohibir á uno que ejercite la acción privada, porque se prejuzga el juicio público, pues pertenece á una causa privada. Mas si se hubiera ejercitado la acción pública, se ha de denegar la privada; y de igual manera al contrario.

Las palabras iniciales del fragmento y la colocación asignada por los compiladores aseguran que el senadoconsulto aquí mencionado es el mismo que el citado por Ulpiano en el fragmento precedente. La interdependencia de los testimonios conducen a afirmar que el principal testimonio de Paulo se refiere ante todo a los επιγραμματα *aliudve quid sine scriptura*; pero por el hecho de que el jurista no hace expresa mención de este caso, es bastante posible

que éste comprendiese también el *liber scriptus, compositus y editus*, esto es, toda forma de difamación escrita, *edita o proposita*.

No existen motivos razonables para dudar de la paternidad paulina del texto; las imperfecciones formales pueden depender de la tradición manuscrita⁸⁹³.

Tomado en consideración esto veamos el contenido. La primera parte tiene una claridad que no puede dar lugar a dudas. Se dice que el senadoconsulto es necesario si (en el *liber* o en los επιγραμματα *aliudve quid sine scriptura*) no figura el nombre de la víctima; a causa de la *difficilis probatio* que sobre ésta impondría, el senado habría establecido la competencia de una *publica quaestio*. Volviendo a la discusión en torno a la identificación de tal procedimiento, no hay dudas de que éste ha sido dispuesto para suplir, a través de una *publica accusatio*, al defecto de legitimación activa a la común acción de injurias de la víctima no mencionada por el nombre⁸⁹⁴. Ésta, si su nombre no figuraba en el escrito difamatorio, encontraba gran dificultad para demostrar el interés personal para actuar.

Asimismo MANFREDINI cree bastante probable que se siguiese el uso por parte del pretor, de dar protección judicial a la sola *laesio nominatim*, de conformidad con las antiguas reglas surgidas de la difamación oral; de éste se deduciría que cuando la difamación escrita no contenía expresamente el nombre de la víctima, ésta difícilmente podía esperar tener satisfacción a través del ejercicio de la común acción de injurias. De aquí la necesidad de predisponer un medio que obviase tal inconveniente; y el más apto (que no alteraba

⁸⁹³ Respecto a las interpolaciones véase: DE SARLO, "Sulla repressione penale dei falso documentale in diritto romano", en Rivista di Diritto Processale civile 14 (1937) p. 342 quien considera junto a BESELER "Textkritische Studien", en ZSS 53 (1933) p. 61 que el fragmento está interpolado desde *similiter* hasta el final; AVONZO, "Coesistenza"...cit. p. 174 ss considera que la interpolación parte desde *quia* al final; No obstante SERRAO, "Il frammento" cit. p. 82 reivindica la genuinidad del texto entendiéndose que existen imperfecciones formales.

⁸⁹⁴ Así lo considera AVONZO, *Coesistenza*...cit. p. 174.

el tradicional carácter personal de la *actio iniuriarum*) era aquel de dar a la víctima la posibilidad de ejercitar una acusación pública, esto es, de actuar como *quivis e populo*.

Por tanto, parece que Paulo atestigua una disposición que se refería a la sola hipótesis del escrito sin el nombre de la víctima (*nomen non adiectum*) y a la que se extendía una protección judicial sustancialmente idéntica a aquella acordada al caso general (*nomen adiectum*), siendo concebido, el recurso a la *publica quaestio*, como expediente meramente procesal y no –en opinión de MANFREDINI– como criminalización del supuesto.

Pero esta interpretación parece desmentida en la segunda parte del fragmento. En ésta, en efecto, se considera el caso del *nomen adiectum* y se dice que la víctima “puede” – de “debe”- actuar con la común acción de injurias; que tal acción, que prejuzga el *iudicium publicum*, no debe ser negada en cuanto que la causa es privada y que cuando sea ejercitado el *iudicium privatum* será negado el *iudicium publicum*, y viceversa.

No existe duda de que, a primera vista, las locuciones *agi poterit nec prohibendus est* y *similiter ex diverso* acreditan la idea de que el senadoconsulto haya dictado una regla más amplia, disponiendo una represión pública, en concurrencia con aquella privada, cuando el escrito contemplaba el nombre de la víctima.

En la doctrina que se ha ocupado del fragmento es corriente esta interpretación. Quien ha estudiado el fragmento en el ámbito del concurso entre acciones y del *praeiudicium*, habla, con referencia al caso del escrito difamatorio que contenga el nombre de la víctima, de

un concurso electivo entre *iudicium publicum* y *privatum*⁸⁹⁵ o de cúmulo⁸⁹⁶. Quien del fragmento se ha ocupado a propósito de la represión de la difamación verbal, ha puesto el acento sobre la criminalización introducida, para tal ilícito⁸⁹⁷, por el senadoconsulto del que se discute.

De aquí la importancia que el fragmento presenta en la historia de la represión de la difamación verbal ya que constituye el único testimonio que pone netamente en relación la difamación con una *publica quaestio*, un *iudicium publicum*.

MANFREDINI no cree que el senadoconsulto haya dispuesto una represión pública, sea aun en concurrencia con aquella privada, para el caso general del escrito difamatorio que contiene el nombre de la víctima. Cree en cambio que tal senadoconsulto, además de la previsión de la intestabilidad para los *επιγραμματα aliudve quid sine scriptura*, además de las prebendas para los informadores, se ha ocupado de la *laesio* escrita no nominativa –hasta aquel momento desprovista de protección judicial- disponiendo la “necesaria” represión con una *publica quaestio* o *iudicium publicum* que no desrubricaría el supuesto de *delictum* a *crimen* y que dejaría inalterada la sanción (pena pecuniaria e intestabilidad).

Llegados a este punto se deben explicar las referencias paulinas respecto al concurso entre *iudicium privatum* y *iudicium publicum*. Éstas se explican interpretando literalmente la locución *nomen adicere* e imaginando el caso de que fuese compuesto un escrito sin el nombre de la víctima pero que, en un momento inmediatamente después, de la misma hubiese sido añadido. Si se piensa en los

⁸⁹⁵ SERRAO, *Il frammento*...cit. p. 81; DE DOMINICIS, *I rapporti*...cit. 236; LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz*...cit. 271; HACKL, *Praeiudicium*... cit. p. 178.

⁸⁹⁶ AVONZO, *Coesistenza*...cit. p. 175.

⁸⁹⁷ BAUMAN, *Impietas*...cit. p. 218 y ss.

escritos sobre los monumentos, el hecho no es tan inverosímil. En un semejante caso la víctima, jurídicamente, se encontraba en la situación de poder promover el *iudicium publicum* en cuanto el escrito había aparecido sin su nombre, pero también podía ejercitar la acción privada ya que el nombre había sido añadido después.

La libre elección acordada al actor se explica sólo y en cuanto el *iudicium publicum* fuese tal desde el punto de vista formal (*accusatio publica*) y no desde un punto de vista sustancial (*publicum crimen*); sólo y cuando el ilícito *ad privatam causam pertinet*. Contrariamente, la solución paulina estaría en contraste total con aquella proyectada por Ulpiano a propósito del concurso entre *actio iniuriarum* privada y *iudicium publicum ex lege Cornelia de sicariis* – que el jurista dice en efecto que la acción privada debe ser negada cuando *principaliter de ea re agitur, quae habet publicam executionem*⁸⁹⁸ –, y en contraste con la protección acordada al *iudicium publicum* en caso de acumulación⁸⁹⁹.

Por tanto en opinión de MANFREDINI no está probado que el senadoconsulto del que nos ocupamos, disponiendo la aplicación de una *publica quaestio* y de un *iudicium publicum*, hubiera previsto hipótesis distinta de aquella de la *laesio non nominatim* y hubiera intentado criminalizar tal figura.

⁸⁹⁸ D. 47, 10, 7, 1 (Ulp. l.57 ad ed).

⁸⁹⁹ HACK, *Praeiudicium*...cit. p. 178 considera que la regla no sería violada porque el *iudicium publicum* es instrumental respecto de la acción privada y entre ambos persiguen el mismo objeto. Manfredini entiende que tal regla no es violada en cuanto se trata de un *iudicium publicum sui generis*, esto es, de una acción privada sobre la que es asignada *ex senadoconsulto* una *accusatio publica*; por tanto de un *iudicium publicum* definido a la luz de esa particular concepción expresada en D. 47, 15, 3,3 (Marc. l.1. pub.iud.): *Si ideo quis accusetur, quod dicatur crimen iudicii publici destituisse, iudicium publicum non est, quia neque lege aliqua de hac re cautum est, neque per senatus consultum, quo poena quinque auri librarum in desistentem statuitur, publica accusatio inducta est.*

Esta idea no parece contradicha por un fragmento de las *Sententiae*, a menudo reclamado conjuntamente con el lugar de Paulo en discusión.

PS 5,4,15: *Qui carmen famosum in iniuriam alicuius vel alia qualibet cantica, quo agnosci possit, composuerit, ex auctoritate amplissimi ordinis in insulam deportatur: interest enim publicae disciplinae opiniones uniuscuiusque a turpi carminis infamia vindicare.*

Este texto debidamente despojado de las connotaciones postclásicas ha sido relacionado con aquél de Paulo recogido en el Digesto y se ha pretendido recabar una prueba de la existencia de un senadoconsulto que habría considerado en su conjunto toda la categoría de los escritos anónimos (por parte del autor y de la víctima), disponiendo para todos ellos la represión por *publica quaestio ex lege Cornelia de iniuriis*. Además la mención que se hace en el fragmento sobre la *deportatio in insulam*, extraña de todo punto al *iudicium ex lege Cornelia*, habría derivado de una confusión operada en el fragmento resumido de las Sentencias (epitomado) entre una cita relativa a la represión *ex lege Cornelia* y otra relativa a la represión *ex lege Iulia de maiestate*. Trataremos a continuación el tema de la represión de la difamación a título de *maiestas*, cómo se configura en época augusta y cómo es prontamente asumida en la esfera de la *cognitio*.

Se trata, por último, el problema de identificar la *publica quaestio* o *iudicium publicum* del que, según Paulo, el senadoconsulto ha dispuesto la necesaria aplicación cuando el escrito no contenía una *laesio nominatim*.

La locución *publica quaestio*⁹⁰⁰, escasamente documentada en las fuentes, no tiene un significado unívoco; sin embargo, teniendo en cuenta la época a la que se refiere el testimonio (última época republicana, inicios del principado) es correcto identificar tal *quaestio* con un procedimiento del tipo de las *quaestiones perpetuae* introducidas por las leyes criminales.

La noción de *iudicium publicum* profesada en época clásica, es, como es conocido, bastante discutida. Macro⁹⁰¹ y Papiniano⁹⁰² en modo explícito, pero también Marciano⁹⁰³ y Ulpiano⁹⁰⁴, identifican el *iudicium publicum* con aquel establecido *ex legibus*; para los primeros⁹⁰⁵ también hay *iudicium publicum* cuando un senadoconsulto ha ampliado la originaria previsión de la ley. Con esta concepción se entrelaza aquella que entiende el *iudicium publicum* como caracterizado por la *accusatio publica*⁹⁰⁶; y al respecto es particularmente señalada la opinión de Macro⁹⁰⁷ por la cual se recaba que se podía tener un *iudicium publicum ex senadoconsulto* cuando tal norma disponía -se puede pensar incluso para una causa privada- una *accusatio publica*.

A la luz de estas indicaciones surge espontáneo el pensamiento de que el senadoconsulto del que nos ocupamos hubiera extendido el ámbito de aplicación de una ley criminal y queda accesible la correspondiente *quaestio perpetua*, mediante publica acusación, en el caso del escrito difamatorio en el que el nombre de la víctima no era expresamente indicado. Y tratándose de un senadoconsulto que disponía para nuevos casos la sanción de la intestabilidad, establecida

⁹⁰⁰ MOMMSEN, Strafr. cit. p. 187; KUNKEL, sv. *quaestio*, cit. col. 723 (Kleine Schriften cit. p. 36).

⁹⁰¹ D. 48,1,1 (Mac. l.1 *pub. iud*)

⁹⁰² D. 1,21,1 pr. (Pap. l.1, *quaest*)

⁹⁰³ D. 48,8,1,1 (Marc. l.14 *inst*)

⁹⁰⁴ D. 23, 2,43, 10 (Ulp. l.1 *leg. Iul. Pap.*)

⁹⁰⁵ D. 47, 13,2 (Mac. l.1 *pub. iud*); D. 47,15,3,3 (Mac. l.1 *pub. iud*) y D.1,21,1,pr (Pap. l.1 *quaest*).

⁹⁰⁶ D. 23,2,43,10 (Ulp. l.1 *leg. Iul. Pap*)

⁹⁰⁷ D. 47,15,3,3 (Mac. l.1 *pub. iud*)

para el *liber editus*, por la ley cornelia de *iniuriis*, y que probablemente consideraba también el *liber* en el número de los escritos para los cuales preveía la hipótesis de que faltase el nombre de la víctima, viene por ello, la idea de que tal senadoconsulto había extendido, para esta hipótesis, la esfera de aplicación de la *quaestio*, del *iudicium publicum ex lege Cornelia de iniuriis*. Esta es en efecto la opinión común.

Si además sabido que la especie de *iudicium ex lege Cornelia* se desarrolla en las formas de la *quaestio perpetua* (en todo su desarrollo⁹⁰⁸ o, como parece a MANFREDINI más probable, sólo *apud iudicem*: este falta en el elenco de los *iudicia publica ex lege* realizado por Macro⁹⁰⁹ y parece que Labeón no lo considera *iudicium publicum*⁹¹⁰; por lo demás, éste preveía una titularidad estrictamente personal y, por tanto, habría sido del todo inadecuado para hacer frente al objeto de por el cual se habría dispuesto la aplicación ex senadoconsulto: suplir, a través de la acusación pública, el defecto de la legitimación activa para la acción privada de injurias de la víctima no mencionada por el nombre.

Esta última consideración ha inducido a algunos autores⁹¹¹ a creer que el senadoconsulto había sido aplicable al caso de la *quaestio de maiestate*. Esto le parece improbable a MANFREDINI además de que por los contrarios indicios textuales de los que nos ocuparemos ahora, también porque no llega a convencernos el hecho de que, cuando la víctima de una *laesio non nominatim* era un ciudadano común, para protegerlo se pusiese en marcha la *quaestio de maiestate* o, todavía menos verosímil, el proceso consular-

⁹⁰⁸ PUGLIESE

⁹⁰⁹ D. 48,1,1 (Mac. l.1.pub.iud)

⁹¹⁰ *Contributi* cit. p. 228 ss.....

⁹¹¹ MOMMSEN, *Strafr.*cit. p. 200; AVONZO, *Coesistenza*...cit. p. 175; BAUMAN, *The Crimen* ...cit. p. 263

senatorio que encontramos predominantemente operante, en época clásica, para los casos de *maiestas*.

Por ello MANFREDINI piensa –creemos acertadamente– que la *publica quaestio* o *iudicium publicum* testimoniada por Paulo se debe relacionar al *iudicium ex lege Cornelia de iniuriis*, oportunamente modificado, por la necesidad, por el senadoconsulto extensivo. Sabemos que este especial *iudicium* se aplicaba, en la originaria previsión de la ley silana, sólo a las *tres causae* (*pulsare, verberare* y *domum vi introire*); y bien en el ya citado fragmento de

D. 47,10,37, pr.1 (Marc. l.14 *inst*): *Constitutionibus principalibus cavetur ea, quae infamandi alterius causa in monumenta publica posita sunt, tolli de medio.1. Etiam ex lege cornelia iniuriarum actio civiliter moveri potest condemnatione aestimatione iudicis facienda.*

Se atestigua la aplicación en un caso de difamación escrita, referida, nos parece, a los escritos sobre los monumentos, a aquellos escritos expresamente considerados propios del senadoconsulto del que nos ocupamos.

La formulación genérica del fragmento no excluye que se considere propio el caso de la *laesio* escrita no nominativa y que por tanto la cita de la *actio iniuriarum ex lege Cornelia* se refiera a su aplicación extensiva *ex senadoconsulto*.

A favor de esta idea declara la doctrina bizantina la cual, en sede de comentario al fragmento ulpiano⁹¹², donde se testimonia la originaria pertenencia del *iudicium ex lege Cornelia* a las conocidas *tres causae*, no desmiente el testimonio del jurista sino que

⁹¹² D. 47,10,5, pr. (Ulp. l.56 ad ed)= B. 60,21,5 pr.

preanuncia la existencia de una cuarta causa⁹¹³ que será explícitamente individualizada y teorizada precisamente con referencia al caso propuesto por Marciano⁹¹⁴. Es exactamente este caso el que induce a los bizantinos a decir: σημειῶσαι δ. εἶδος τῆς περὶ Κορνελίας τῆς περὶ ὑβρεως ἀγωγῆς⁹¹⁵.

Otro indicio bastante significativo es representado por la interpretación bizantina del fragmento del D.47,10,6⁹¹⁶ donde el caso proyectado por Paulo del concurso entre *iudicium privatum* e *publicum* (cuando el *nomen non adiectum* venga después sucesivamente *adiectum*) viene entendido como concurso entre la común acción de injurias y el especial *iudicium ex lege Cornelia*, el cual οὐκ εἰς πονηρικὸν ἐγκλημα ἀναφέρεται⁹¹⁷.

Pero ahora, si son apreciables indicios textuales a favor de la idea de que el senadoconsulto, disponiendo una *publica quaestio* o *iudicium publicum* a favor de la víctima de un escrito difamatorio no mencionada por el nombre, fue extendida la aplicación del especial *iudicium ex lege Cornelia* (de las *tres causae* a una cuarta causa), ¿cómo se explica que se hable de *iudicium publicum*, que se presuponga una *publica accusatio*, cuando el juicio *ex lege Cornelia*, no era público y preveía una legitimación activa estrictamente personal?

Según MANFREDINI una explicación se puede encontrar reclamando aquella concepción de *iudicium publicum ex senadoconsulto*, según la cual tal era aquel juicio para el que un senadoconsulto disponía la *accusatio publica*⁹¹⁸. El senadoconsulto ha

⁹¹³ Schol. η κατὰ βίαν ad B. 60,21,5 pr.

⁹¹⁴ B. 60,21,36.

⁹¹⁵ Schol. καὶ ἡ ἀπο ad B. 60,21, 36.

⁹¹⁶ B. 60, 21, 6.

⁹¹⁷ Schol. οὐ μὴ προσκείται ad B. 60,21,6

⁹¹⁸ D. 47,15,3,3 (Mac. l.1. *pub.iud*)

acordado a la víctima de un escrito difamatorio, en el que la *laesio* no era *nominatim*, la facultad de acceder, como público acusador, a la *quaestio de iniuriis*. Paulo, con probable referencia a concepción profesada por Macro, define tal *iudicium* como *iudicium publicum*, en esto no desprendido de su carácter sustancialmente privado manteniéndose así incluso después de la extensión ex senadoconsulto, esto es, después de la creación del una *quartum genus iniuriarum ex lege Cornelia*: género especialísimo puesto que para éste era admitida la *accusatio publica* pero respecto al cual se podía decir, como hace Marciano⁹¹⁹, que *actio civiliter moveri potest*⁹²⁰.

2. Difamación escrita y *Maiestas*:

El último argumento que las fuentes y la literatura plantean se refiere a la relación entre difamación verbal y *maiestas*.

Parece procedente abordar la cuestión citando dos testimonios literarios y uno jurídico. Tácito hace pronunciar a Cremutius Cordus, en el curso de un proceso por *maiestas* intentado en el 25 d.C, *novo ac tunc primum audito crimine* (había publicado unos anales en los que había loado a M. Brutus y definido a C. Cassius como el último de los romanos), las siguientes palabras: *verba mea, patres conscripto, arguuntur. adeo factorum innocens sum. sed neque haec in principem aut principis parentem, quos lex maiestatis amplectitur*⁹²¹; según Tácito, los *dicta* han sido asumidos por primera vez en el *crimen maiestatis ex lege*, por una *lege de maiestate* que preveía

⁹¹⁹ D. 47,10,37,1 (Marc.1.14 *inst*)

⁹²⁰ Haciendo referencia a la cuarta causa *ex senadoconsulto* se puede congruentemente explicar según MANFREDINI, el fragmento de D. 48,2,12,4 (Ven. Sat. 1.2 *iud. pub*): *item Cornelia iniuriarum servum non debere recipi reum...*; la *delatio nominis* no es otra cosa que el ejercicio de la publica acusación introducida por el senadoconsulto.

⁹²¹ TAC. *ann*, 4,34; sobre el fragmento y su comentario véase BAUMAN, The crimen ...cit. p. 269 ss.

expresamente los *dicta* contra el *princeps* y los *parens*, es necesariamente una ley augusta o de Tiberio.

Además Tácito, en el lugar donde habla de la *cognitio de famosis libellis* que Augusto *tractavit specie legis (maiestatis)* estimulado por la procacidad de Cassius Severus que difamaba a hombres y mujeres ilustres, afirma que Tiberio *legem maiestatis reduxerat, cui nomen apud veteres idem, sed alia in iudicium venibant, si quis prodicione exercitum aut plebem seditionibus, denique mala gesta re publica maiestatem populi Romani minuisset: facta arguebantur, dicta inpune erant*⁹²²; primero Augusto y Tiberio, por tanto para Tácito, el *crimen maiestatis* no comprendía las palabras sino sólo los hechos.

A estos fragmentos literarios ha de añadirse el texto jurídico recogido en las Pauli Sententiae PS 5,29,1: *Quod crimen (ex lege Iulia maiestatis) non solum facto, sed et verbis impiis ac maledictis maxime exacerbatur.*

Según dicho texto es correcto asumir que, antes de la *lex iulia de maiestate*, las *verba impia* y los *maledicta* no entrasen dentro del *crimen maiestatis*.

Esta tradición –según la cual antes de la *lex Iulia de maiestate* (que no puede ser aquella de César ya que expresamente se consideran las palabras ultrajosas contra los *parens* y que es necesariamente o de Augusto o de Tiberio⁹²³) las palabras

⁹²² TAC. *ann* 1,72; sobre el fragmento y su comentario véase BAUMAN, *The crimen* ...cit. p. 246 y MOMMSEN, *Strafr.* cit. p. 246.

⁹²³ El análisis en profundidad de este fragmento es importante. La referencia de Tácito en *ann.* 4,34, relativa a los ultrajes al *princeps* y al *parens* (referido según BAUMAN al padre y no a la madre conforme a la argumentación dada en *The Crimen* ..cit. p. 268) depone en contra de la atribución a César (seguida por ARANGIO RUIZ, *La legislazione, in Augustus, Studi in occasione del bimillenario auguste*, Roma 1938) sino a favor de Augusto (con ley según afirma MOMMSEN, *Strafr* cit. p. 583 o con senadoconsulto según la opinión de GIRARD, *Les leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum*, cit.

difamatorias no daban lugar a la imputación por *maiestas*- ¿se puede afirmar? En época preaugusta los ultrajes –escritos u orales, dirigidos contra el pueblo romano, los magistrados o los *inlustres*, o contra el común ciudadano- no fueron nunca considerados como *crimen maiestatis*?

Para algunos Sila habría reprimido a título de *maiestas* la difamación verbal *in quemvis*. El lugar clásico es un testimonio de Cicerón muy discutido e irremediablemente corrupto según MANFREDINI⁹²⁴.

El fragmento en sí se trata de una carta dirigida, en el año 50 a.C. a A. Claudius Pulcher, donde expresa la propia complacencia por haber sido, este último absuelto de una acusación e *maiestas*, en la que el Arpinate observa: '*De ambitu vero quid interest*', inquires, '*an de maiestate?*' *Ad rem nihil; alterum enim non attigisti, alteram auxisti. Verum tamen est maiestas, etsi Sulla voluit, ne in quemvis impune declamari liceret; ambitus vero ita apertam vim habet, ut aut acussetur improbe aut defendatur*⁹²⁵.

Las lecturas e interpretaciones que sobre el texto han avanzado tanto filólogos como historiadores, son numerosas y variadas. Respecto a las soluciones proyectadas sobre el problema que nos atañe, es decir, la relación entre *maiestas* y difamación verbal en la legislación silana, pueden constatarse tres interpretaciones.

Primeramente existe una corriente avalada con autores tales como MASCHKE⁹²⁶ o LINDSAY⁹²⁷ que considera que Sila no habría

p. 321) o Tiberio.

⁹²⁴ *La diffamazione*, citp. 248

⁹²⁵ CIC, *fam.* 3,11,2. El fragmento es recogido por LINDSAY, *Defamation*, cit. p. 241 del siguiente modo: *alterum non attigisti; alteram auxisti; verumtamen est maiestas, etsi Sulla voluit ne in quemvis impune declamari liceret; ambigua vero ita apertam vim habet...*

⁹²⁶ MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte*.. cit, p.92.

prohibido *declamare in quemvis* y entendido dicho acto como un *crimen maiestatis*, sino que habría profesado una noción de *maiestas* según la cual era lícito *declamare* impunemente contra cualquiera; el punto de apoyo para dicha interpretación es dado por la lectura del fragmento propuesta por LAMBINUS: *verum tamen ea est maiestas, ut Silla voluit, ut in quemvis impune declamari liceret*.

Una segunda corriente interpretativa postula, al contrario, que Sila habría entendido el hecho de *declamare in quemvis* como un caso de *maiestas*. Para ello aportan la siguiente lectura del fragmento ciceroniano: *est maiestas (et sic Sulla voluit) ne in quemvis declamari liceret*⁹²⁸ o lo entienden: Du hast die Grösse Roms erhört; denn das ist die Maiestas, obwohl Sulla mit seinem Maiestätsgesetz die Tendenz verfolgte, den (politischen) Angriff auf einzelne Persönlichkeiten zu verhindern⁹²⁹.

En la tercera corriente se podrían comprender todas aquellas interpretaciones que no proyectan la asunción, por obra de Sila, del hecho de *declamare in quemvis*, en el *crimen maiestatis*, pero acreditan o una identificación entre el concepto de *maiestas* y la licitud del *in quemvis impune declamari*, a pesar de la opinión contraria de Sila⁹³⁰, o bien una relación indirecta e instrumental entre la noción de *maiestas*, variada, ambigua e indeterminada y la

⁹²⁷ LINDSAY, *Defamation...* cit, p. 241.

⁹²⁸ KÜBLER, sv. *maiestatis*, en RE XIV, 1 col. 547.

⁹²⁹ MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte..* cit, p. 92. Este autor cree en la presunta asunción de la difamación verbal en el *crimen maiestatis* como obra de Sila. A la ley silana estaría referido también el fragmento de D. 47,10,5,9 relativo al *liber ad infamiam alicuius* y el de D. 47.10,6 donde como ya hemos expuesto estaría atestiguado un senadoconsulto que habría dispuesto la misma reglamentación del *liber* para el caso de los *epigrammata aliudve quid sine scriptura nominis*; Augusto, para dar un nuevo impulso en la represión de la difamación verbal a título de *maiestas*, habría reconstruido la legislación silana. En general es inconcebible dicha interpretación partiendo de que no es pensable que Ulpiano en D. 47,10, donde trata de la *Lex Cornelia de iniuriis* al parágrafo 9 se refiera a la *lex cornelia de maiestate*. El testimonio relativo al *liber ad infamiam alicuius* y al *declamare in quemvis* contrasta con la idea de que estos casos fueran comprendidos en el *crimen maiestatis*.

⁹³⁰ Como ejemplo de lectura propuesta pro TYRREL, PURSER, *The correspondence of M.T Ciceron*, III; London 1890, p. 213: *verumtamen ea est maiestas (etsi Sulla noluit) ut in quemvis impune declamari liceret*; lectura considerada aceptada por MOMIGLIANO, rec. a Robinson cit. p. 123 quien considera que de cualquier modo la difamación verbal pudiese entrar en el *crimen maiestatis* regulado por Sila.

prohibición de *in quemvis impune declamari*⁹³¹, dispuesta por Sila al objeto de contener tal indeterminación, esto es, desalentar aquellas acusaciones que la tradición (o quizá la ley misma) no indicase como seguros casos de *laesio maiestatis*. En esta última dirección se piensa que Sila podría haber establecido que el acusador, que promoviese acusación de *maiestas* por un hecho no previsto por la ley, fuese susceptible de ser acusado a su vez de *maiestas*⁹³²; o bien Sila podría haber dispuesto la aplicación de la *lex Remmia*⁹³³ (que se refería sólo a la acusación falsa) a aquellas acusaciones de *maiestate* que, aun probadas y por tanto no falsas, eran no obstante rechazadas por los jueces⁹³⁴.

En opinión de MANFREDINI⁹³⁵ no hay duda en rechazar la idea de que Sila haya comprendido en el *crimen maiestatis* la difamación verbal y aquella de que Sila no haya buscado reprimir el hecho de *declamare in quemvis*. Estas ideas se apoyan sobre lecturas arbitrarias y preconcebidas del fragmento ciceroniano en discusión. En particular la primera de éstas contrasta con los testimonios antes referidos, de los que se deduce que sólo en época augustea la difamación verbal fue reprimida a título de *maiestas* y sólo la dirigida contra el *princeps* o el *parens* o contra *inlustres*, no *in quemvis*; Cicerón además, en otros fragmentos (*Pis.* 50 y *Verr* 2, 12)⁹³⁶ afirma la idea de que Sila no había formado, con su ley, una definición abstracta del *crimen maiestatis*, sino que hubiese seguido más bien una línea de previsión casuística; sobre ésta él informa bastante

⁹³¹ Así lo leen CONSTANS, BAYET, Cicerón. Correspondence, IV, Paris, 1967, p. 222: *Verum tamen est maiestas, etsi Sulla voluit ne in quemvis impune declamari liceret, ambigua*; MCDONALD propone la lectura siguiente: *varia tamen est maiestas etsi Sulla voluit ne in quemvis impune declamari liceret*. Finalmente BAUMAN The crimen cit. p. 176 propone la siguiente lectura: *varia tamen est maiestas: et sic Sulla voluit ne in quemvis impune declamari liceret*.

⁹³² SMITH, *The Law*, cit. p. 176.

⁹³³ Sobre la Lex Remmia véase la obra de GARCÍA CAMIÑAS, *La lex remmia de calumniatoribus* (Santiago de Compostela, 1984); *Ensayo de reconstrucción del título ix del edicto perpetuo "de calumniatoribus"* (Santiago de Compostela, 1994).

⁹³⁴ Así SMITH, *The Law*, cit. p. 177 y BAUMAN, *The Crimen* ..cit. p. 249 ss.

⁹³⁵ *La diffamazione* cit.p.251

⁹³⁶ CIC, *Pis* 50 y *Verr.* 2, 12

detalladamente, quizá exhaustivamente, sin hacer mención de la difamación verbal.

Parece, por otra parte, seguro (la única circunstancia segura en el fragmento ciceroniano en discusión) que Sila ha intentado impedir que se pudiese impunemente *declamare in quemvis* y es bastante probable que a este objeto él haya emanado una específica disposición, tal vez destinada a desarrollar sus efectos también en orden a la represión del *crimen maiestatis*.

Para concebir la disposición mencionada como destinada expresamente a desanimar y contener las más imprudentes acusaciones de *maiestas* (que la indeterminación de este concepto legitimaba), osta -al parecer de MANFREDINI- el significado de *declamare*. Según este autor la interpretación es muy importante: la acepción en la que Cicerón usa, en sus obras, el término, lleva a circunscribir la disposición silana o el fenómeno de la declaración retórica⁹³⁷, o bien a las arengas judiciales⁹³⁸: en ningún caso, el término *declamare* se refiere a la acusación criminal en sentido técnico ni, mucho menos, a manifestaciones de difamación escrita.

A este punto no se puede creer que Sila haya buscado poner freno (decididamente vano, visto el tenor de algunas conocidas discursos ciceronianos y la desenvuelto el uso de *rumores*, verdaderos o falsos, en los tribunales⁹³⁹) a la tradicional licencia del debate judicial, incluso disponiendo que los insultos y las

⁹³⁷ CIC, *Phil.* 2,42,; *Tusc.* 1,7, fin. 5,5

⁹³⁸ CIC, *Verr.* 5, 149; *Sex. Rosc.* 82

⁹³⁹ Reth ad Her 2, 8,12: *A rumoribus dicemus: si negabimus temere famam nasci solere, quin supsit aliquid; et si dicemus causam non fuisse, quare quispiam confingeret et eminisceretur; et praeterea, si certeri falsi soleant esse, argumentabimur hunc esse verum. Contra rumores dicemus: primum, si docebimus multos esse falsos rumores, et exemplis utemur, de quibus falsa fama fuerit; et aut inicuos nostros aut homines natura malévolos et maledicos confinxisse dicemus; et aliquam aut fictam fabulam in adversarios adferemus, quam dicamus omnibus in ore esse, aut verum rumorem proferemus, qui illis aliquid turpitudinis adferat, neque tamen ei rumori nos fidem habere dicemus, ideo quod quivis unus homo possit quamvis turpem de quolibet rumorem proferre et confictam fabulam dissipare.*

insinuaciones más infamantes, con las que eran costumbre sostener o retorcer la acusación, pudiese ser consideradas *convicia adversus bonis mores* y perseguibles según el derecho del pretor.

Si se puede con relativa seguridad excluir que la difamación verbal *in quemvis* nunca haya sido asumida, durante toda la época republicana, en el crimen de Estado (*perduellio* y *maiestas*), más problemático parece el caso de la difamación verbal dirigida contra magistrados.

Hemos dado ya cuenta de la opinión que entiende que el presunto *crimen famosi carminis* (*occentatio*), previsto por la ley de las XII Tablas, como crimen de Estado; el elemento de mayor presión, tomado por los sostenedores de esta idea, está representado por el hecho de que en algunos testimonios, sobre todo aquellos relativos a la represión de Nevio, se evidencia con una cierta insistencia la relación entre difamación verbal y *primores* o *principis civitatis*. Pero se trata de una tesis que no está avalada de serios argumentos para sostenerse, tanto que uno de sus máximos estudiosos de la *perduellio*, BRECHT, considerando la idea de que las XII Tablas reprimiesen, en la *occentatio*, el crimen de la difamación verbal, precisamente argumentado por la represión de Nevio, excluye que el *carmen famosum* fuese un caso de *perduellio*⁹⁴⁰. Además algunos autores, que asumen esta opinión tienen grandes contradicciones. Por ejemplo, MOMMSEN quien sostiene que el *crimen famosi carminis* fuese un crimen de Estado, pero analizando la esfera de aplicación de este crimen en relación a los ataques a las personas de los magistrados, él afirma que sólo la muerte o la vía de hecho contra los magistrados patricios o plebeyos eran *crimen maiestatis* y, sin embargo, no incluye el ultraje verbal, que era reprimido a través de la *coercitio*, teniendo la facultad, el magistrado ultrajado, de

⁹⁴⁰ BRECHT, sv. *occentatio*, cit. col. 1761.

promover una acusación frente a los comicios; este autor afirma que, jurídicamente, la ofensa a la cabeza del Estado devine *crimen maiestatis* sólo bajo la dictadura de César y a través de la *lex Iulia* de Augusto, lo que se acredita a través de los testimonios de Tácito según los cuales, con los antiguos, respecto al *crimen maiestatis*, *facta arguebantur, dicta impune erant*.

Dos son los testimonios, digamos teóricos, invocados para sostener la idea de que la difamación verbal de los magistrados podía dar lugar a una imputación de *maiestas*: QUINT. 5,10,39: *iniuriam fecisti, sed quia magistratui, maiestatis actio est*, CIC, inv. 2,53: *maiestatem minuere est de dignitate aut amplitudine aut potestate populi aut forum quibus populus potestatem dedit aliquid derogare*.

El testimonio de Quintiliano es, por lo general, adoptado como prueba del hecho de que, en todo tiempo, los ataques violentos con daños de los magistrados habrían sido entendidos como *crimen maiestatis*, pero para algunos éste legitimaría también la idea, en virtud del significado pluricompreensivo de *iniuria*, que el mismo ultraje verbal entrase en tal crimen⁹⁴¹. A MANFREDINI le parece que los límites de los testimonios son evidentes; expresiones de ambiente retórico de época avanzada, donde el *τοπος* de los golpes a los magistrados, que producían *maiestas*, eran bastante cultivados⁹⁴², vaga en las referencias jurídicas (se habla de *actio maiestatis*) e ignorante del hecho de que en época clásica, testimonia Gayo⁹⁴³, la *iniuria magistratus* (golpes e insultos) era un *delictum* sea agravado (*iniuria atrox ex persona*), este testimonio es una mala prueba para confirmar la circunstancia, de otro modo probada, de que en época

⁹⁴¹ SMITH, The Law cit. p. 175; el autor sostiene que las publicaciones

⁹⁴² El mismo Quintiliano en *Decl* 252 p. 30 R afirma: *nam ut pulsatus civis iniuriarum aget: sit magistratus erit, maiestatis crimen obligatur*; y esto puede hacer suponer que también en el lugar de discusión él, con el término *iniuria*, tratase de referirse a las lesiones corporales.

⁹⁴³ GAI, 3, 225; *Atrox autem iniuria aestimatur...vel ex persona, veluti si magistratus iniuriam passus fuerit*.

republicana los actos de violencia contra los magistrados daban lugar al *crimen maiestatis*, circunstancia que nos resulta probada sólo para los magistrados plebeyos, señaladamente los tribunos, pero no ciertamente como prueba principal del hecho de que en esta época el ultraje verbal configurase tal crimen.

El testimonio Ciceroniano, a parte del carácter retórico y no jurídico de la definición de *maiestas* proyectada, extraña a cualquier ley de *maiestate*⁹⁴⁴, podría sugerir la idea de que sólo los actos de violencia y no el ultraje verbal y únicamente si eran dirigidos contra los tribunos podían ser reprimidos a título de *maiestas*.

Un examen más atento de las fuentes nos induce a creer que sólo los magistrados, cuyo ultraje verbal era particularmente considerado hasta admitir la represión a través de la *coercitio* ilimitada o a través de la acusación ante los comicios, quizá a título de *perduellio* o *maiestas*, fuesen los magistrados plebeyos, particularmente los tribunos.

Es conocido el carácter sacrosanto de su persona, la inviolabilidad *religione* conferida con el juramento, por la plebe, al acto de su creación y sucesivamente reconocida con la ley del Estado⁹⁴⁵, ha acreditado un particular concepto del honor, de dignidad y de majestad del tribuno, no atribuido a los otros magistrados inviolables *lege*⁹⁴⁶. MANFREDINI cree que sólo respecto a la inviolabilidad *religione* las palabras hostiles y ultrajosas pudiesen ser entendidas como ilícito particularmente grave, quizá también como *crimen perduellionis* o *maiestatis*.

⁹⁴⁴ KÜBLER,

⁹⁴⁵ DE MARTINO, Storia I, cit. p. 340 ssy 358 ss. Sobre la figura del Tribuno de la Plebe véase VIÑAS, *Función del Tribunal de la Plebe: ¿Reforma política o Revolución social?*, Madrid, 1983 .

⁹⁴⁶ Respecto a la inviolabilidad *lege* e *religione* véase LIV, 3,55,6

Contra la tradición relativa a las *leges sacratae* y su reconocimiento, donde en la prohibición de *nocere*⁹⁴⁷, *violare*⁹⁴⁸ los tribunos, pena de *sacertas*, parece que se comprendiese sólo el acto de la muerte y de los golpes⁹⁴⁹ y no las palabras ultrajantes, existen algunas definiciones de la tribunicia potestas de las que se recaba que la inviolabilidad del tribuno era reivindicada no sólo frente a hechos sino también palabras, μη οτι εργω αλλα και λογω⁹⁵⁰.

Se puede pensar que las palabras, como posible instrumento de violación del carácter sacrosanto de los tribunos, hayan sido consideradas por primera vez por la misteriosa ley Icilia o Sicinia⁹⁵¹ que la tradición recogida por Diógenes coloca en el 492 a.C, en pleno clima revolucionario. Según el historiador, tal ley habría establecido que quien hubiese contradicho o interrumpido a un tribuno mientras éste estaba hablando al pueblo, habría sido sancionado con una multa y si hubiese rechazado dar garantías, con la muerte y la consagración de los bienes; el proceso a los que se hubiesen opuesto (esto es que fuesen avalados por la *provocatio*) se habría desarrollado ante el pueblo⁹⁵².

Haya, esta ley, efectivamente existido o el contenido de ésta atribuido derivado por una evolución de las leyes sagradas, poco importa; queda el hecho de que, probablemente, ya en época bastante antigua las palabras fuesen consideradas como idóneas para producir una violación de naturaleza sacrosanta de los tribunos, al menos si pronunciadas en el curso de una *contio* tribunicia y dirigidos a contradecir o a interrumpir a un tribuno.

⁹⁴⁷ LIV. 3,55,7 ...*ut qui tribunas plebis aedilibus decemviris nocuisset...*

⁹⁴⁸ FEST. sv. *sacrosanctum* (L. 422): ...*si quis id violasset...*

⁹⁴⁹ FEST. sv. *sacer mons* (L. 422): ...*si quis eum...occiderit...*; CIC. Tull. 47: ...*et legem antiquam de legibus sacratis, quae iubeat inpune occidi eum qui tribunum pl. pulsaverit*. En la fórmula del juramento que nos proporciona DION. 6,89,3 se habla de la violación de la sacrosantidad a través de golpes y la muerte.

⁹⁵⁰ DION. 53, 17, 9.

⁹⁵¹ Ley propuesta por el tribuno Sicinius (DION. 7,17,2) o Icilius (DION. 10,32,1).

⁹⁵² DION. 7,17,5.

Más extenso parece el alcance de las lesiones verbales, en relación con los tribunos, en las siguientes palabras ciceronianas relativas al tribuno que, *fretus sancitate tribunatus*, considera estar armado *non modo contra vim et ferrum sed etiam contra verba atque interfationem*⁹⁵³; lo mismo se dice en este testimonio pliniano: *Ipse cum tribunus essem, erraverim frotase qui me esse aliquid putavi, sed tamquam essem abstinui causis agendas: primum quod deforme arbitrar, cui adsurgere cui loco cedere omnes oporteret, hunc omnibus sedentibus stare, et qui iubere posset tacere quemcumque, huic silentium clepsydra indici, et quem interfari nefas esset, hunc etiam convicia audire et si inulta pateretur inertem, si ulcisceretur insolentem videri*⁹⁵⁴.

Junto a estos testimonios de carácter general, son documentados algunos casos que se pueden correctamente entender como violaciones de la sacrosantidad tribunicia a través de la palabra; y éstos refieren además las interrupciones del tribuno en asamblea. El título de delito y la sanción, aplicados en estos casos, no son homogéneos y reflejan la misma ambigüedad que circunda todo el fenómeno de los atentados a la inviolabilidad tribunicia, de la así llamada *in ordinem coactio* de los tribunos: *coercitio* (por el arresto, por la muerte al menos amenaza) y acusaciones frente al pueblo, por la multa o capital, en algunos casos expresamente ejercitados a título de *perduellio* o *maiestas*.

A este punto se puede también incluir que el ultraje verbal a un tribuno, sobretudo si era acompañado de comportamientos violentos, pudiese dar lugar a una imputación de *perduellio* o *maiestas* frente al pueblo; sin embargo no podemos no destacar que los casos proyectados por las fuentes, donde se trata de una mera violación

⁹⁵³ CIC. *Sest.* 79.

⁹⁵⁴ PLIN, *epist.* 1,23,2.

verbis, es ejercitada la *coercitio* en las formas del arresto y la acusación ante el pueblo; pero no se hace expresamente mención de la *perduellio* o *maiestas*. Sólo si accediésemos a la conocida tesis mommseniana según la cual toda violación de la sacrosantidad tribunicia era *maiestas*, podríamos afirmar categóricamente que la difamación verbal del tribuno era siempre *maiestas*; pero esta tesis no conoce cierto consenso de la crítica más reciente.

Como ulterior indicio del hecho de que las palabras ultrajosas, en la época que consideramos, podemos caer en el área de la ilimitada *coercitio* y de la jurisdicción criminal sólo si era dirigida contra los tribunos, se puede aducir aquellos testimonios de los que se recaba que, para conferir una excepcional protección contra las palabras y los hechos a favor de *magistratus* o *inlustres*, se atribuyó su título de *sacrosanti* y la inviolabilidad tribunicia.

En síntesis, le parece MANFREDINI que se puede decir que, en época republicana, la difamación verbales podía configurarse como un caso de *perduellio* o *maiestas* sólo si eran dirigidas contra magistrados *religione* inviolados e *inlustres* y a éstos asimilados. Será precisamente a través de la *religio* que la palabra difamatoria irrumpirá infaustamente en la noción de *maiestas* de la época del principado.

Queda como última cuestión si las palabras ofensivas dirigidas contra el pueblo daban o no daban lugar a un imputación de *maiestas*.

A este respecto un solo caso induce a inclinarse hacia una respuesta afirmativa.

GELL. 10, 6: 1] *Non in facta modo, sed in uoces etiam petulantiores publice uindicatum est; ita enim debere esse uisa est Romanae disciplinae dignitas inuiolabilis. [2] Appi namque illius Caeci filia a ludis, quos spectauerat, exiens turba undique confluentis fluctuantisque populi iactata est. Atque inde egressa, cum se male habitam diceret: 'quid me nunc factum esset' inquit 'quantoque artius pressiusque conflictata essem, si P. Claudius, frater meus, nauali proelio classem nauium cum ingenti ciuium numero non perdidisset? certe quidem maiore nunc copia populi oppressa intercidissem. Sed utinam' inquit 'reuiuiscat frater aliamque classem in Siciliam ducat atque istam multitudinem perditum eat, quae me nunc male miseram conuexauit!'* [3] *Ob haec mulieris uerba tam inproba ac tam inciuiilia C. Fundanius et Tiberius Sempronius, aediles plebei, multam dixerunt ei aeris grauis uiginti quinque milia. [4] Id factum esse dicit Capito Ateius in commentario de iudiciis publicis bello Poenico primo Fabio Licino Otacilio Crasso consulibus.*

(De la Multa impuesta por los ediles plebeyos a la hija de Apio Caeco por algunas palabras insolentes: la República castigó la insolencia, no solamente de las acciones, sino también de las palabras; creyéndose necesaria esta severidad para conservar incólumes las costumbres romanas. La hija del famoso Apio Caeco fue empujada al salir del teatro por el vaivén de la multitud. Después refería el daño que había recibido y añadió: “¿qué me habría ocurrido, cuánto más me habrían estrujado, si mi hermano P. Claudio no hubiese perdido en un combate naval considerable número de ciudadanos? Sin duda me habría ahogado la multitud” Por estas palabras crueles y tan indignas de una ciudadana, los ediles C. Fundanio y Tib. Sempronio le impusieron la multa de veinte mil ases de peso antiguo. Ocurrió este hecho, según Capitón Ateyo en sus comentarios Sobre los

juicios públicos, durante la primera guerra púnica, bajo el consulado de Fabio Licinio y Otacilio Craso).

El proceso sancionador de la multa promovido por dos ediles plebeyos en el 246 contra Claudia, hermana de P. Claudius Pulcher, que a la salida del teatro y oprimida por la muchedumbre había auspiciado otra derrota de Trepana por “aliviar” el número de ciudadanos, es para Suetonio, *novo more iudicium maiestatis apud populum*⁹⁵⁵.

No existen otros casos, además del citado, en los que los ultrajes verbales dirigidos al pueblo hayan dado lugar a acusaciones de *maiestas*. La excepcionalidad del episodio de Claudia nos parece probada por el hecho de que P.C. Scipio Aemilianus, quien, según Valerio Máximo, injurió dos veces al pueblo reunido en asamblea. Si hubiese sido un uso difundido, en semejante circunstancia, de intentar una acusación de *perduellio* o *maiestas*, el tribuno de la plebe Gn. Carbo, presente al hecho como contradictor y antagonista de Emiliano, habría sin duda reaccionado. Valerio Máximo sugiere la idea de que la sola posible defensa del pueblo – el cual viene a faltar no por temor sino en consideración de los méritos ganados por la gente Emilia y Cornelia- habría sido verbal.

Siguiendo las consideraciones hasta aquí desarrolladas entorno a las relaciones entre difamación verbal y *maiestas*, si consideramos la excepcionalidad de los casos de ultraje verbal al tribuno, a los *inlustres* expresamente protegidos por la inviolabilidad tribunicia y al *populus* y pensamos en el hecho de que también en estos casos el encuadramiento del ilícito como *perduellio* o *maiestas* no es seguro o estable, podemos pacíficamente asegurar que la tradición clásica

⁹⁵⁵ SUET. *Tib.* 2

según al cual en la concepción de la *maiestas* de los *veteres*, *facta arguebantur dicta impune erant*, es fundada.

CAPITULO IV

DIFAMACIÓN ESCRITA

NOTAS EN TORNO A SU REPRESIÓN EN ÉPOCA POSTCLÁSICA Y JUSTINIANEA

1. INIURIA EN LA ÉPOCA POSTCLÁSICA Y JUSTINIANEA.-

En la época postclásica, como señala BURDESE⁹⁵⁶ la pena privada va decayendo, frente a la progresiva configuración, ya perseguida en la época del Principado en sede de *cognitio extra ordinem*, como ilícitos públicos (*crimina*), sancionados con pena pública, de hipótesis precedentemente configuradas como delitos privados.

PUGLIESE⁹⁵⁷ dice que “la iniuria es el delito privado que en nuestro periodo ha sido más generosamente transformado en delito público”.

En el curso del periodo clásico la actividad interpretativa de los juristas y las intervenciones de los príncipes habían extendido el ámbito de aplicación de la *actio iniuriarum* para que ésta protegiese adecuadamente al individuo contra todo atentado a su persona, a su honor y a su reputación pública, comprendiendo incluso la violación de su domicilio. Al final de la época clásica, la víctima de algunos actos ilícitos calificables como iniuria, parece tener la elección entre el ejercicio de una acción privada y una persecución pública que terminaba en la imposición al culpable de una *poena publica*. Más discutible resulta la época de generalización de dicha forma de represión a cualquier tipo de *iniuria*, pues la doctrina hasta

⁹⁵⁶ BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Turín 1987.

⁹⁵⁷ PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, cit. p 910

BALZARINI⁹⁵⁸ venía señalando la época postclásica, citando un pasaje de Hermogeniano (*Epitomarum* 5) recogido en 13.47,10,45 que testimonia la constitución de una forma de represión pública junto a la privada". No obstante, como señala BALZARINI, "recientes estudios han podido afianzar la hipótesis de que el autor del Epítome pueda identificarse con el del *Codex Hermogenianus*, con lo cual la obra en cuestión se acercaría mucho más de lo que se había pensado a la época clásica, situándose justamente en los tiempos de Diocleciano, o de que, de todas formas, el Epítome se remonte a esta época". Y, teniendo en cuenta el conservadurismo jurídico de Diocleciano y la posibilidad de que Hermogeniano no fuese sino un funcionario de su corte, dice que "el fragmento adquiere un significado que puede trascender los límites que hasta ahora le han sido impuestos y que constituye un testimonio atendible en orden a la represión de la iniuria en la primera edad postclásica."

BALZARINI, sobre estas bases y analizando los rescriptos de Diocleciano recogidos en C.I. 9,35 bajo la rúbrica *de iniuriis* y el rescripto del mismo emperador recogido en C.I. 7,16,31⁹⁵⁹, considera que a finales del siglo III d.C. la represión criminal de la iniuria era predominante, conservándose no obstante el carácter privado de la querella, y sin perjuicio de la subsistencia de la *actio iniuriarum* privada desarrollada en la forma procedimental de la *cognitio extra ordinem* .

⁹⁵⁸ BALZARINI, De iniuria extra ordinem, cit.p 41

⁹⁵⁹ CJ.7.16.31: Imperatores Diocletianus, Maximianus

*Si tibi servitutis improbe moveatur quaestio, sollemnibus ordinatis de calumnia vel iniuria, prout vindictae viam elegeris, habita contestatione, posteaquam servus non esse fueris pronuntiatus, adversus eam sententiam postulare potes, tunc demum de his etiam quae direpta probaveris restitutionem, cum pro libertate fuerit pronuntiatum, petiturus. * diocl. et maxim. aa. et cc. corsianae. * <a 294 >*

Frente al comportamiento de los emperadores del siglo III -de los que los compiladores justinianos han conservado diez procedimientos que abarcan el periodo de tiempo correspondiente a los mandatos de Alejandro Severo y Diocleciano- al autor de las *Pauli Sententiae* -que trata ampliamente la iniuria- y al redactor de la *Collatio* -donde aparece el título de *atroci iniuria*-, contrasta el desinterés mostrado por el legislador de los siglos IV y V. No obstante, DUPONT⁹⁶⁰ se refiere a varias constituciones que consideran el régimen de la represión de la *iniuria* bajo Constantino. La época misma, como pone de relieve DE DOMINICIS⁹⁶¹, debía llevar, a la pérdida de importancia del delito privado de iniuria y al indiscutible dominio de la acción y de la pena pública.

DUPONT destaca además la atención prestada por el legislador a la *iniuria* aún en época constantiniana, en contraste con la escasa preocupación del mismo por el derecho penal privado -la *iniuria* es el único delito del que se ocupa-. El término *iniuria* es frecuentemente empleado en las constituciones de Constantino en su sentido amplio de "acte fait sans droit, d'injustice ou même de dommage causé á une personne". Pero también se utiliza *iniuria* en un sentido técnico en dieciocho constituciones que, en general -sólo dos se refieren al ultraje a la persona física -C.Th.11,30,2⁹⁶² y 16,8,1- versan sobre

⁹⁶⁰ DUPONT, "Iniuria et delits privés dans le constitutions de Constatin ", RIDA 1 1952, p. 437 ss

⁹⁶¹ DE DOMINICIS, "Di alcuni testi occidentali delle Sententiae riflettenti la prassi postclásica", Studi onore di Arangio Ruiz 4, Jovene, Nápoles, 1953.

⁹⁶² CTh.11.30.2 [=brev.11.8.1] *Imp. constantinus a. ad catulinum. post alia: minime fas est, ut in civili negotio libellis appellatoriis oblati aut carceris cruciatus aut cuiuslibet iniuriae genus seu tormenta vel etiam contumelias perferat appellator; absque his criminalibus causis, in quibus, etiamsi possunt provocare, eum tamen statum debent obtinere, ut post provocationem in custodia perseverent. ea custodita moderatione, ut eorum provocationes recipiantur, qui easdem non a praeiudicio interposuisse noscuntur aut etiam ante causam examinatam et determinatam, sed universo negotio peremptoria**

atentados al honor, a la dignidad: *calumnia* -C.Th. 10,4,1⁹⁶³-, desconocimiento de la libertad de un individuo -C.Th. 5,8,1⁹⁶⁴ ; 4,8,5⁹⁶⁵-, *verberatio* de una persona de cierto rango --C.Th. 16,2,5⁹⁶⁶-, repudiación ilegítima --C. Th . 3,16,1⁹⁶⁷-, atentado al

praescriptione finito vel per cuncta membra decurso, contra iudicem interpositae esse noscantur etc. dat. iii. non. nov. treviris. acc. xv. kal. mai. hadrumeto, volusiano et anniano coss. interpretatio. ista lex hoc praecipit, non debere appellantem aut carceris custodia aut cuiuslibet iniuriae afflictione constringi, exceptis tamen criminalibus causis, in quibus similis accusantem et accusatum condicio poenae custodiaeque constringit: et eorum appellationes dicit debere recipi, sed ita, ut qui appellaverit, in custodia teneatur, quo usque ad alium iudicem crimina obiecta perveniant, ut discussis ad integrum omnibus, aut de absolutione aut de damnatione accipiat sententiam finitivam*

⁹⁶³ CTh.10.4.1 [=brev.10.3.1]

Imp. constantinus a. ad philippum vicarium urbis. si quis ab actore rerum privatarum nostrarum sive a procuratore fuerit vexatus, super eius calumniis vel depraedationibus deferre querimoniam non dubitet. quae res quum fuerit comprobata, sancimus, ut idem, qui contra provincialem quicquam moliri fuerit ausus, publice concremetur, quoniam gravior poena constituenda est in hos, qui nostri iuris sunt et nostra debent custodire mandata. dat. iii. non. mart. heracleae, constantino a. iii. et licinio iii. coss.

interpretatio. quicumque ab actore dominico vel procuratore fuerit alicuius iniuriae improbitate vexatus, de eorum calumniis vel depraedationibus ad principem convolare debet. quae res si potuerit approbari, eos, qui circa provinciales talia facere ausi sunt, placuit incendio concremari, quia graviolem poenam principes constitui voluerunt in eos, qui sui iuris sunt et sua debent custodire mandata*

⁹⁶⁴ CTh.5.8.1 [=brev.5.6.1]

Imp. constantinus a. ad volusianum. universi devotionis studio contendat, si quos ingenuis natalibus procreatos sub tyranno ingenuitatem amisisse aut propria contenti conscientia aut aliorum indicis recognoscunt, natalibus suis restituere, nec exspectata iudicis interpellatione. nam si quis contra conscientiam suam vel certissima testimonia plurimorum in eadem avaritiae tenacitate permanserit, severissima poena mulctabitur. placet autem, etiam eos periculo subiugari, qui scientes ingenuos servitutis necessitatem per iniuriam sustinere dissimulant. prop. viii. kal. mai. romae, volusiano et anniano coss.

interpretatio. ingenui, qui tyranni temporibus addicti sunt servituti, ingenuitati reddantur. quod si quis sciens hoc ordine additum ingenuum in servitute tenuerit, noverit in se legibus vindicandum

⁹⁶⁵ CTh.4.8.5pr. [=brev.4.8.1pr.]

Imp. constantinus a. ad maximum pf. u. si quis libertate utentes eiusque compotes inopinatos in discrimen ingenuitatis adducat, si eos forte assertio defecerit, circumductio praebeatur, assertorem quaeri titulo per literas indicante; ne causa per silentium ignoretur vel absurde etiam proclametur: ut, qui comperissent, vellent asserere, vel cunctantes etiam cogerentur; neu, si assertor defuerit, vincti, multis eos scientibus liberos, a dominis ducantur.

⁹⁶⁶ CTh.16.2.5

Idem a. ad helpidium. quoniam comperimus quosdam ecclesiasticos et ceteros catholicae sectae servientes a diversarum religionum hominibus ad lustrorum sacrificia celebranda compelli, hac

patrimonio considerado como atributo de la personalidad- C.Th . 4,22,1⁹⁶⁸-, imposición de una carga -C.Th . 12,1,21⁹⁶⁹-'violación de

sanctione sancimus, si quis ad ritum alienae superstitionis cogendos esse crediderit eos, qui sanctissimae legi serviunt, si condicio patiat, publice fustibus verberetur, si vero honoris ratio talem ab eo repellat iniuriam, condemnationem sustineat damni gravissimi, quod rebus publicis vidicabitur. dat. viii kal. iun. sirmi severo et rufino cons. (323 mai. [?] 25).

⁹⁶⁷ CTh.3.16.1 [=brev.3.16.1]

Imp. constantinus a. ad ablatum pf. p. placet, mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita causa, velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario, nec vero maritis per quascunque occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquiri, si homicidam vel medicamentarium vel sepulcrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat. nam si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere, et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari. in masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniet, si moecham vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerit. nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omnem dotem restituere debet et aliam non ducere. quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur, domum eius invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi illata. dat. iii. non. mai. basso et ablatio cons.*

interpretatio. certis rebus et probatis causis, inter uxorem et maritum repudiandi locus patet; nam levi obiectione matrimonium solvere prohibentur. quod si forte mulier dicat maritum suum aut ebriosum aut luxuriae deditum, non propterea repudiandus est, nisi forte eum aut homicidam aut maleficum aut sepulcri violatorem esse docuerit, quibus criminibus convictus sine culpa mulieris merito videtur excludi, et mulier recepta dote discedit: nam si haec crimina mulier non potuerit approbare, hac poena mulctatur, ut et dotem, quam dederat vel pro ipsa data fuerat, et donationem, quam percepit, amittat atque etiam exilii relegatione teneatur. quod si a viro mulier repellatur, nec ipse, nisi certis criminibus ream docuerit, pro levi, ut assolet, iurgio repudiare non permittitur, nisi fortasse adulteram aut maleficam aut conciliatricem eam probare sufficiat. quod si docere non potuerit, dotem mulieri restituat et aliam ducere non praesumat uxorem. quod si forte tentaverit, habebit mulier liberam facultatem, quae innocens eiecta est, domum mariti sui atque omnem eius substantiam sibimet vindicare. quod dignoscitur ordinatum, ut etiam secundae uxoris dotem repudiata iniuste mulier iubeatur acquirere

⁹⁶⁸ CTh.4.22.1 [=brev.4.20.1]

Imp. constantinus a. severo. iudices absentium, qui cuiuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in iure personam, et auctoritatis suae formidabile ministerium obiciant, atque ita tueantur absentes. hos tamen iudices, quos absentium iussimus subire personam, intra hos terminos ministerii retinemus, ut, illibatis atque omnibus integris causae principalis internis, id solum diligenter inquirant, utrum eius, quolibet pacto, qui peregrinatur, possessio ablata est, quam propinquus vel amicus vel servulus quolibet titulo retinebat. nec hos, qui deieci sunt, absentium nomine possidentes, quia minime ipsis dictio causae mandata sit, ab experiunda re secludant, nec si servi sint, eorum reiiciant in iure personas, quia huiusmodi condicionis hominibus causas orare fas non sit; sed post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta litigium eis inferentibus largiri conveniet, ut eos momentariae perinde possessioni restituant, ac si reversus dominus litigasset. cui tamen, quolibet tempore reverso, actionem recuperandae possessionis indulsumus, quia fieri potest, ut restitutio propter servulos infideles vel negligentes propinquos vel amicos et colonos interea differatur. absenti enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandae possessioni legibus praestitutum est, sed reformato statu, qui per iniuriam sublatus est, omnia, quae supererunt, ad disceptationem litigii immutata permaneant; iudicio reservato iustis legitimisque personis, quum valde sufficiat, possessionem tenentibus absentium nomine contra praesentium violentiam subveniri. dat. x. kal. nov. mediolano, constantino a. vii. et constantio caes. cons.*

interpretatio. omnes iudices specialiter admonemus, ut nullus, absentibus dominis, res eorum praesumat invadere, sed contra improbos homines omnia per personam iudicis vindicentur, salvo principali

un privilegio -C.Th . 16,2,1 y 7-. Por tanto, en el Bajo Imperio los atentados contra el honor pasan a un primer plano y nuevas cualidades son consideradas atributos de la personalidad como la pertenencia a la religión cristiana y los privilegios imperiales.

Para BASSANELLI⁹⁷⁰ la disciplina criminal *extra ordinem* de la iniuria en las *Sententiae* no se presenta como un mero refuerzo de la defensa del individuo sino como la tutela de un interés público diferente que ha sido violado junto con el privado, configurando la *iniuria* como especie criminosa o delictuosa que lesiona al mismo tiempo dos valores distintos: el interés de la persona ofendida y el interés público, y aunque ya es prevalente el interés público sigue siendo determinante para la configuración de la iniuria el interés privado. Pero la situación cambia en relación con el código teodosiano, deviniendo en el curso de los siglos IV y V algunas hipótesis objeto de represión criminal en protección exclusiva del interés público y eliminándose la tutela del interés individual de la persona lesionada. Por tanto, mientras en la cultura jurídica testimoniada por las *Pauli Sententiae* la persona ofendida constituye aún el centro focal entorno al cual se ordenan unitariamente una

negotio. quod si quis se adversus absentem negotium habere causatur, et si, cui illi, qui peregrinantur, rem suam commiserint gubernandam, nec actor nec procurator eorum aut aliquis servorum ad dicendam causam domino aut absente aut non iubente cogatur, sed si quid eis fuerit sublatum, mox his, qui domino absente exclusi sunt, quum interpellaverint, reformetur. ipse vero dominus, si forte per negligentiam servorum res recepta non fuerit, quum de peregrinis redierit, possessionem suam momenti beneficio, etiamsi annus excesserit, nullatenus recipere prohibetur, sed restitutis in integrum omnibus, quae eo absente sublata sunt, integra causae actio proponatur, inter legitimas dumtaxat et integra aetate personas: quia dignum est, ut contra malitiam eorum, qui praesentes sunt, taliter absentibus iubeamus esse consultum*

⁹⁶⁹ CTh.12.1.21

Idem a. ad felicem praefectum praetorio. quoniam afri curiales conquesti sunt quosdam in suo corpore post flamonii honorem et sacerdotii vel magistratus decursa insignia praepositos compelli fieri mansionum, quod in singulis curiis sequentis meriti et gradus homines implere consuerunt, iubemus nullum praedictis honoribus splendentem ad memoratum cogi obsequium, ne nostro fieri iudicio iniuria videatur. dat. prid. non. aug. viminacio constantio et albino cons. (335 aug. 4).

⁹⁷⁰ BASSANELLI, "L'iniuria nel diritto penale del quarto e quinto secolo", Atti dell'accademia romanistica Constantiniana, 8, Perugia, 1990, p. 652.

serie de ilícitos heterogéneos entre sí, en el código teodosiano prevalece la vertiente publicística, siendo necesaria la tutela del honor y de la dignidad del individuo sólo cuando concurren intereses públicos más directamente tutelados.

Con Constantino continúa la tendencia de incluir bajo el dominio del derecho criminal ciertas injurias particularmente graves. Un ejemplo característico lo constituye, para DUPONT, la legislación en materia de *libellus famosus*, cuya lectura y divulgación queda prohibida y se recomienda quemar los escritos en cuestión. La reglamentación debida a Constantino y a sus sucesores -que prohibieron igualmente la propagación de los libelos y ordenaron quemar tales escritos- en materia de libelos difamatorios anónimos es completamente diferente a la de sus predecesores. DUPONT dice incluso que “el *libellus famosus* pierde bajo Constantino todo punto de contacto con la *iniuria* pero esta reglamentación no tiene alcance general sino que se aplica sólo a las denuncias anónimas de un crimen”- anónimas por ser hechas con el fin de evitar los riesgos en que de otra forma podría incurrir el acusador y, de un crimen porque se excluyen los simples escritos injuriosos que no contenían la alegación de un crimen; para éstos, las relaciones con la iniuria se han podido mantener y la acción privada de iniuria subsistir-. En el Código de Justiniano se evidencia la pérdida de todo punto de contacto con la iniuria pues en el último inciso de C.I.9,36 se ordena que el *libellus famosus* no lesione el honor de la persona que en él se encuentra designado y, “¿cómo en estas condiciones, podría ésta quejarse de una iniuria?” .

La ampliación de los supuestos perseguibles *criminaliter* ocasiona una clara regresión de la acción estimatoria de injurias. Sin embargo, los principios que reglamentaron la persecución de la *iniuria* tras la intervención del pretor no fueron del todo abandonados; así, la

cognitio extra ordinem deja al juez un gran poder de apreciación para imponer la pena.

PÓLAY⁹⁷¹, teniendo en cuenta las fuentes postclásicas y, particularmente *Sententiarum libri* atribuido a Paulo y probablemente de finales del siglo III, *Collatio legum Mosaicarum et Romanorum*, de fines del IV, y *Codex Iustinianus* (C.I. 9,35 y 36), considera que a finales del siglo III, los tipos de injuria que podían ser decididos sobre la base de la actio *iniuriarum aestimatoria* estaban reducidos al mínimo; esta acción sólo era aplicable a dos casos de *conuicium*: el cometido por los apelantes contra el juez -P.S. 5,4,18- y el cometido públicamente -P.S. 5,4,19. El autor en ambos casos y el cómplice y el instigador en caso de *conuicium* público eran castigados con la nota de infamia, además de la pena pecuniaria. Los demás tipos de iniuria eran transformados en crimina y perseguidos *criminaliter* a través de una *quaestio extra ordinem* y eran sancionados frecuentemente con la muerte, el exilio o la deportación a una isla, de acuerdo con la inhumanidad característica de la época del imperio absoluto-. A una condena civil parece referirse P.S. 5, 4, 9 (*Iniuriarum civiliter damnatus eiusque aestimationem inferre iussus famosus efficitur*) pero, como pone de manifiesto BALZARINI, no habla propiamente de una *actio civilis*, sino que se limita a señalar que quien haya sido *civiliter damnatus* -el condenado a pagar la *aestimatio*- sufre la consecuencia de la infamia y, añade que, por la *interpretatio* que acompaña a la *sententia* en el *Breviarium* y la *Lex Romana Burgundionum*, debe entenderse en el sentido de que no sugiere dos tipos distintos de procedimientos sino uno que, dada la amplia libertad del juez, puede concluirse en caso de injuria leve con una simple condena pecuniaria, sin que la condena pierda su carácter criminal.

⁹⁷¹ POLAY, *Iniuria types in Roman law*, cit.p.184

Mientras en la época de Diocleciano, no sólo subsisten pruebas suficientes de la supervivencia de la *actio iniuriarum* privada, sino incluso se mantiene el carácter privado de la *querella iniuriarum* como iniciativa de la parte lesionada en el juicio criminal de injurias, lo que significa, según BALZARINI, la inaplicabilidad de la prohibición general de *accusare per alios*, en la represión de las *iniuriae* en edad postdiocleciana, la extensión de la prohibición de *accusare per alios* incluso a las hipótesis de *iniuria* puede ser considerada como “el síntoma más evidente de la definitiva eliminación del carácter privado de este ilícito y de su completa atracción en la esfera de los crímenes -y de los relativos juicios- públicos”.

También señala PÓLAY que en la época postclásica la Jurisprudencia creó la cláusula general, de acuerdo con la cual todo lo que “non iure fit” es iniuria, con lo que toda conducta ilegal podía esencialmente ser subsumida bajo el concepto de iniuria. Destaca por último el mismo autor dos constituciones imperiales, una debida a los emperadores Valentiniano y Valente en el año 396, relativa a los libelos difamatorios que ordena a quien encuentra un libelo difamatorio que lo rompa o no lo manifieste a nadie, sancionándolo en caso contrario con la pena capital:

C.I. 9,36

*pr. Si quis famosum libellum sive domi sive in publico vel quocumque loco ignarus reppererit, aut corrumpat priusquam alter inveniatur, aut nulli confiteatur inventum. * valentin. et valens aa. edictum. * <a 365 d. xiiii k. mart. constantinopoli valentiniano et valente aa. conss.>*

1. Sin vero non statim easdem chartulas vel corruperit vel igni consumpserit, sed vim earum manifestaverit, sciat se quasi auctorem

huiusmodi delicti capitali sententia subiugandum. <a 365 d. xiii k. mart. constantinopoli valentiniano et valente aa. conss.>

2. Sane si quis devotionis suae ac salutis publicae custodiam gerit, nomen suum profiteatur et ea, quae per famosum persequenda putavit, ore proprio edicat, ita ut absque ulla trepidatione accedat, sciens, quod si adsertionibus veri fides fuerit opitulata, laudem maximam ac praemium a nostra clementia consequetur. <a 365 d. xiii k. mart. constantinopoli valentiniano et valente aa. conss.>

3. Sin vero minime haec vera ostenderit, capitali poena plectetur. huiusmodi autem libellus alterius opinionem non laedat. <a 365 d. xiii k. mart. constantinopoli valentiniano et valente aa. conss.>),

y otra del 478 dictada por el emperador Zenón para atribuir a los *illustres* del orden senatorial y a sus descendientes un trato de favor en el procedimiento en caso de *iniuriae*, consistente en la posibilidad de aceptar en vía criminal o promover por medio de procurador la causa de iniuria, según actúe como acusador o como reo así

C.I . 9,35,11 Imperator Zeno: *Si quando iniuriarum actio, quam inter privata delicta veteris iuris auctores connumerant, a quibuslibet illustribus viris, militantibus seu sine cingulo constitutis, vel uxoribus eorum vel liberis masculini sexus vel filiabus, superstitibus videlicet patribus aut maritis illustribus, vel si adversus aliquam huiusmodi personam criminaliter forte movetur, ipsos quidem, qui super iniuria queruntur, inscribere aliaque omnia, quae in huiusmodi causis de more procedunt, sollemniter observare decernimus: licere autem illustri accusatori vel reo, uxori vel liberis masculini sexus seu filiae itidem illustris superstitis causam iniuriarum in quocumque iudicio competenti per procuratorem criminaliter suscipere vel movere, sententiam iudice contra eum qui procuratorem dederit, etsi ipse non adesset iudiciis nec causam per procuratorem diceret, legibus*

*prolaturo: ita tamen, ut nullus alius idem sibi audeat vindicare vel a nostro numine postulare: sed in ceteris mos iudiciorum qui hactenus obtinuit et in posterum servetur intactus. * zeno a. alexandro viro illustri. * <a 478 d. v non. constantinopoli illo vc. cons.>.*

La regulación y la determinación del modo de dar satisfacción por la *iniuria* inferida en el derecho postclásico, supuso un cambio sustancial respecto a la época clásica, pues en tanto en ésta la *actio iniuriarum aestimatoria* estaba asegurada prácticamente para todos los casos de iniuria -con la única excepción posible de los supuestos legales de la *lex Cornelia de iniuriis*, supuestos que incluso un importante número de autores consideran sancionados con pena estimatoria-, en la época postclásica se restringió la *actio iniuriarum* a supuestos muy limitados, persiguiéndose la mayoría de los casos de iniuria a través del procedimiento *extra ordinem* y no siendo infrecuente la pena capital.

En cuanto al aspecto procedimental de la *cognitio extra ordinem* en materia de *iniuria*, debemos referirlo a las hipótesis singulares y destaca BALZARINI la prevalencia de la iniciativa de parte, quedando, por un lado, la *accusatio publica* limitada a hipótesis bien definidas - se impone la *accusatio publica* con referencia a la extensión de la aplicabilidad de la *lex Cornelia de iniuriis* a diversas especies de difamación pública- y, por el otro, la iniciativa de oficio presumiblemente restringida a especies particularmente cualificadas desde el punto de vista de su relevancia política o pública -además de las primeras intervenciones imperiales en materia de difamación pública, la represión del abuso del derecho de asilo conexo a la *imago Caesaris*, el *convicium iudicis* y la *venditio sententiae*, así como algunas hipótesis de crímenes sexuales que afectan a la *contemplatio morum* y a la *publica honestas*-. . . o de la manifiesta determinadas relaciones con el ofensor-como la iniuria inferida por el hijo a su

progenitor, en la que la *publica pietas* impone en todo caso una intervención, incluso espontánea, de la autoridad- Finalmente, el derecho justiniano, por un lado, fija definitivamente el supuesto legal de- la *iniuria* general y vuelve -en parte- a la casuística del derecho Clásico. Para BASSANELLI la supervivencia de un enfoque privatístico en la exposición de la disciplina de la iniuria -que se manifiesta, a pesar de que los textos legislativos oficiales la hubiesen abandonado durante dos siglos, no sólo en las Instituciones de Justiniano sino también en el Digesto-, se explica con la tradición escolástica, especialmente si se tiene en cuenta que en la práctica de los tribunales las causas por injurias debían tener un número muy superior a lo que dejan traslucir las constituciones imperiales.

En las Instituciones de Justiniano 4,4,1 se comprenden en el concepto de *iniuria* no sólo las lesiones físicas sino también los atentados al pudor y las ofensas morales, estableciéndose además como cláusula de cierre que "es evidente que de otras muchas maneras se comete injuria". Y en I. 4, 4, 10 se facilita la posibilidad de una alternativa entre la persecución pública y la acción privada, quedando la elección a la libre determinación del actor: la víctima puede, en todo caso y por cualquier injuria, ejercitar la acción *civiliter* o *criminaliter* -por la vía civil o por la vía criminal-. La diferencia entre ambos procedimientos consiste en que mientras en el primer caso, el juez impone la pena sobre las bases de la *aestimatio*, en el procedimiento criminal se aplica al reo por ministerio del juez -*Oficio iudicis*- una pena extraordinaria. Y además, se aprueba el trato privilegiado que para los varones ilustres había dispuesto la constitución de Zenón, de modo que éstos pueden intentar o contestar por medio de procurador en vía criminal la acción de injurias. No obstante, de hecho, las injurias más graves dejan de ser del dominio de los delitos privados y, a causa de la desaparición de los jurados de derecho criminal, dan lugar a una demanda criminal

extra ordinem, que conducen generalmente al apaleamiento de los *humiliores* -hombres libres de baja condición-, al exilio temporal para los *honestiores* y a la flagelación de los esclavos.

BALZARINI pone de manifiesto la concordancia de lo afirmado en las Instituciones con dos fragmentos de armonización general contenidos en el Digesto: D.47,10,45 *-de iniuria nunc extra ordinem ex causa et persona statui solet*, pues el sujeto lesionado, aunque tiene libertad de elección, normalmente opta por la represión criminal- y D.47,10,7,6 *posse hodie de omni iniuria, sed et de atroci civiliter agi imperator noster rescripsit*, cuya conveniencia no se comprende en el ámbito de la Compilación, pues el delito de *iniuria* es casi exclusivamente contemplado en función de su sanción privatística-.

2. FAMOSIS LIBELLIS

En el desarrollo de la evolución de la difamación escrita haremos una breve mención a la regulación de época postclásica y justiniana. A este respecto hay que mencionar las constituciones que Teodosio recoge en su *Codex* en un especial título *de famosus libellis* (título 39 del libro 9) y que Justiniano trata en su Código también separadamente en el título 36 del libro 9.

Antes de proceder al análisis breve de las constituciones que en estos Códigos se recogen, hay que tratar qué noción de *famosus libellus* se tiene en esta época que no se corresponde a la de épocas anteriores. Los *famosi libelli*, de que se ocupa la legislación del Bajo imperio, no son todos los escritos difamatorios, sino uno individualizado bien preciso: el breve escrito de denuncia anónimo, en que se alegan culpa y delitos a cargo de alguien explícitamente mencionado. Éstos puede ser ocultamente entregados a los órganos

judiciales que son en este caso denominados *libelli in iudiciis oblati*; o bien pueden ser divulgados en todo lugar y los *inventores* no son necesariamente los jueces sino pueden ser cualquier persona. El ilícito hasta Constantino no había sido nunca reprimido con la sanción capital.

Como delito privado podía ser perseguido a título de *iniuria* y a iniciativa de parte, con la *actio iniuriarum* o *extra ordinem* (D.47,10,15,29:) donde, nos dice Paulo en sus sentencias podía ser sancionado *usque ad relegationem insulae* (PS 5, 4, 17). Las dificultades que en estos casos el ciudadano privado, víctima de una denuncia anónima, debía encontrar para tener justicia y el absentismo de los centros de poder del Estado, que debían abundantemente sostener de las denuncias anónimas para promover procedimientos de carácter inquisitivo, debían haber favorecido a la dramática expansión del fenómeno. Se considera la gran difusión en edad clásica del fenómeno de la delación y su casi total impunidad hasta Constantino. Para ello vamos a mostrar las palabras mandadas por carta a Trajano por Plinio cuando éste era gobernador de Bitinia relativas a la represión de los cristianos y su respuesta. Plinio no había participado en ningún proceso contra los cristianos y no sabía qué cosa y en qué medida *punire o quaerere* (términos en el ámbito del *cognoscere extra ordinem* de los gobernadores) pregunta sobre: *propositus est libellus sine auctore multorum nomine continens* y además *alii ab indice nominati*. Trajano responde con: *conquirendi non sunt; si deferantur et arguantur, punire sunt*: la autoridad no debe espontáneamente inquirir y buscar culpables si falta denuncia o acusación. *Sine auctore vero propositi libelli in nullo crimine locum habere debent*: Trajano veta que se acojan las denuncias anónimas .

Constantino, influenciado por la legislación canónica, se ocupa bastante en esta materia de privilegiar el proceso acusatorio respecto

al inquisitivo. Ha de notarse aquí la importante función de Constantino con su *edictum de accusationibus* .

En el Código Teodosiano se dedican diez constituciones al tema que tratamos. Veamos sus contenidos. En la primera constitución⁹⁷² el emperador dicta al siguiente regla: las personas acusadas de *libellus famosus* sean presuntas inocentes; sea buscado el autor y, si se encuentra, se le constriña a probar la fundamentación de la acusación y, si también lo probara, no le será evitada la pena capital. Constantino excluye aquí la prueba de la verdad a favor del autor del escrito y afirma que si éste ha probado la fundamentación de la acusación no se sustrae a la pena capital.

Después de esta constitución introductoria, principalmente dedicada al autor del delito, se pasa a considerar en la segunda⁹⁷³ como en la sucesiva el caso de la denuncia enviada a los tribunales imperiales, es decir, los *libelli iudiciis oblati*. La constitución parece comenzar con una contradicción respecto a la regla que luego establece según la cual el *libellus famosus* debe ser inmediatamente destruido mientras que al principio se dice que los libelos pueden ser conservados en las oficinas de los funcionarios. Para salvar esta contradicción MANFREDINI⁹⁷⁴ propone que si olvidamos la idea de que la constitución esté toda centrada sobre la figura de la víctima designada por el nombre (y que a ésta se le conceda gozar de plena seguridad y libertad del temor con la sola advertencia que se

⁹⁷² CTh 9,34,1 (319 mart .29) IMP.CONSTANTINUS A . AD VERINUM VICARIUM AFRICAE . *Si quando famosi libelli repperiantur , nullas exinde calumnias patiatur ii, quorum de factis vel nominibus aliquid continebunt , sed scribitionis auctor potius requiratur et repertus cum omni vigore cogatur his de rebus, quas proponendas credidit, conprobare, nec tamen supplicio, etiamsi aliquid ostenderit, subtrahatur.*

⁹⁷³ CTh 9.34.2 (320 Febr.25) IMP. CONSTANTINUS A. AD IANUARIUM AGENTEM VICARIAM PRAEFECTURAM. *Licet servertur in officio tuo et vicarii exemplaria libellorum, qui in Africa oblati sunt , tamen eos quorum nomina continent metu absolutos securitate perfrui sinas solumque moneas , ut ab omni no solum crimine, sed etiam suspicione verissimili alieni esse festinent.Nam qui accusandi fiduciam gerit , oportet comprobare, nec occultare quae scierit, quoniam praedicabilis, erit ad dicationem publicam merito perventurus.*

⁹⁷⁴ MANFREDINI, *In margine a CTh .9,34 (“de famosis libellis”) cit.*

apresure a probar que es extraña *ab omni no solum crimine, sed etiem suspicione verisinili*), para llegar a la idea de que se trata del autor que declara la propia identidad (al que se le invita a que realice una denuncia escrita correctamente y será quien deba demostrar que no ha querido así cometer algún crimen con ese comportamiento y que formalizará la acusación) esa contradicción desaparece: los *libelli* que se conservarán y usarán serán la firmadas no las anónimas.

La tercera constitución⁹⁷⁵ cuyo principio nos muestra que también se trata de *libelli in iudiciis oblati*, establece perentoriamente que las denuncias anónimas sean quemadas y que ninguna llegue al emperador. También la cuarta constitución⁹⁷⁶ costantina que aparentemente similar desde el punto de vista normativo a las anteriores, muestra una especificidad y una cualquier cosa a la regulación de los *libelli in iudiciis oblati*: la famosa *scribtio libellorum*, si es anónima no debe ser examinada ni siquiera en una mínima parte y debe ser completamente destruida: le está prohibido al juez leer *libellus famosus* anónimo.

De nuevo se refiere a los *libelli in iudiciis oblati* las constituciones de los de Constancio que son repetitivas y no aportan nada nuevo: en la primera⁹⁷⁷ se afirma la prohibición de admitir los libelos anónimos en la *cognitio* y en los otros juicios y en la

⁹⁷⁵ CTh 9.34.3 (320 Decem 4) .CONSTANTINUS A .AD IANUARIUM AGENTEM VICARIEAM PRAEFECTURAM .*Ut accusatoribus patientia praebenda est , si quem persiqui in iudicio volunt , ita famosis libellis fides habenda non est nec super his ad nostram scientiam referendum , cum eosdem libellos flammis protinus conducatur aboleri, quorum auctor nullus existit.*

⁹⁷⁶ CTh 9.34.4 .(328 Oct . 21) CONSTANTINUS A . AD DIONYSUM .*Famosa scribtio , quae nomine accusatoris caret , minime examinanda est , sed penitus abolenda. Nam qui accusationis promotione confidat, libera potius intentione quam captiosa atque occulta conscriptione alterius debet vitam iniudicium devocare.*

⁹⁷⁷ CTh 9.34.5 (338 Jun 18) IMP. CONSTANTINUS A . AD AFROS. *Libellis quos famosos vocant , si fieri possit, abolendis inclytus pater noster providit et huiusmodi libellos in cognitionem quidem suam vel publicam iussit admitti . Nam igitur vita cuiusquam , non dignitas concussa his machinis vacillabit ; nam omnes huiusmodi libellos concremari decernimus.*

segunda⁹⁷⁸ se reafirma la presunción de inocencia a favor de la víctima de una acusación sin nombre.

Después de las constituciones de Constancio, la *libellus in iudiciis oblatas* deja lugar, en la séptima constitución, al *libellus propositus* que en privado o en público, pueda encontrarse cualquiera. El interés de los constituyentes está concentrado en la figura de lo *inventores, collectores y lectores*. Se va perfilando así un refinado orden del contenido de las constituciones: Costantino 1 el autor anónimo; Cost.2 el autor nominativo; Cost.3-6 los enviados a los jueces; 7-10 los privados.

En la primera⁹⁷⁹ de las constituciones de Valente se desarrolla una ampliación del supuesto del *crimen famosi libelli*: al *auctor* se asimila el *collector vel lector*; se dice que quien se encuentra con *libelli famosis* y los recoge no para destruirlos inmediatamente sino para conservarlos (*colligendos*) y leerlos o darlos a leer a otros (*legendos*) será penado con la pena capital. Sigue la regla relativa al autor y relativa a la posibilidad de que éstos puedan conseguir elogios y premios cuando habían probado la fundamentación de su acusación. Esta regla se opone, por tanto, a la establecida por Constantino en la primera constitución aunque si se analiza detenidamente no es así: Constantino se refiere el autor descubierto después de la *inquisitio*, quien incluso si prueba que está fundamentada su acusación será igualmente penado; y Valente considera los casos en que el autor espontáneamente (*nomen suum*

⁹⁷⁸ CTh 9.34.6 (355 Oct 31) .IMP .CONSTANTIUS A .AD POPULUM. *Nemo prorsus de famosis libellis , qui neque aput me neque in iudiciis ullum obtinent locum , calumniam patitur. Nam et innocens creditur , cui defuit accusator , cum no defuerit inimicus.*

⁹⁷⁹ CTh 9.34.7 (365,368,370,373? Feb.16) IMPP. VALENTINIANUS ET VALENS AA . AD EDICTUM. *Famosorum infame nomen est libellorum ac si quis vel colligendos vel legendos putaverit ac non statim chartas igni consumpserit , sciat , se capitali sententia subiugandum . Sane si quis devotionis suae ac salutis publicae custodiam gerit , nomen suum profiteatur et ea , quae per famosum persequenda putavit , ore proprio edicat , ita ut absque ulla trepidatione accedat , sciens quod , si adsertionibus veri fides fuerit opitulata laudem maximam ac praemium a nostra clementia consequetur.* DAT ... CONSTANTINOPOLI.

profiteatur) revela con su voz eso que había afirmado por el escrito anónimo, y, por ello, será premiado.

La segunda constitución de Valente⁹⁸⁰ es repetitiva. Es verosímil suponer que su presencia en el título se haya pensado por la exigencia de hacer un número de citaciones en relación a la cantidad de constituciones emanadas y Valente *saepe constituit* en relación al tema de los *libelli famosi*.

A continuación viene una constitución de Teodosio⁹⁸¹ donde se amplía el número de sujetos activos del delito. Valente ha equiparado al *auctor* del *libellus famosus* al *collector* que encuentra, lo coge y no destruye el documento sino que lo conserva; Teodosio I asimila al *auctor* a quien los encuentra, lo coge para destruirlo pero no resiste la curiosidad de conocer el contenido y había después divulgado *quid legendo cognoverit*; éste no sufrirá la pena capital como si fuese el autor, a menos que no llegue a probar que no es este último.

La siguiente de las constituciones que delata la figura del *reus inventor*, culmina en la ley de Arcadio⁹⁸²: es culpable con la pena de *gladio* también quien, teniendo conocimiento de un lector de un *libellus famosus*, no lo denuncia.

⁹⁸⁰ CTh 9.34.,8 (368 Nov 9) IMPP. VALENTINIANUS ET VALENS AA . AD FLORIANUM COMITEM . *Iam pridem adversus calumnias firmissima sunt paresidia comparata. Nullus igitur calumniam metuat. Contestatio vero , quae caput alterius contra iuris ordinem pulsat , depressa nsotris legibus iaceat; intercidat furor famosorum , saepe ut constituimus , libellorum. ET CETERA DAT....MARCIANOPOLI.*

⁹⁸¹ CTh 9.34.9 (386 Ian 19) IMP. VALENTINIANUS, THEODOSIUS ET ARCADIUS AAA. CYNEGIO PRAEFECTO PRAETORIO . *Si quis famosum libellum sive domi sive in publico vel quocumque loco ignatus offenderit , aut discerpit priusquam alter inveniatur aut nulli confiteatur inventum , nemini denique , si tam curiosus est , referat , quid legendo cognoverit. Nam quicumque obtulerit inventum , certum est ipsum reumex lege retinendum , nisi prodiderit auctorem , nec evaurum poenam huiusmodi criminibus constitutam , si proditus fuerit cuiquam rettulisse , quod legerit.DAT ... CONSTANTINOPOLI.*

⁹⁸² CTh 9.34.10 (406 Apr 26) IMPP. ARCADIUS , HONORIUS ET THEODOSIUS AAA. ANTHEMIO PRAEFECTO PRAETORIO ET PATRICIO. *Universi ,qui famosis libellis inimicis suis velut venenatum quoddam telum iniecerint , ii etiam , qui famosam exusserint vel lectorem cognitum prodiderint ,ultorem suis cervicibus gadium reformident .DAT CONSTANTINIPOLI.*

Junto con estas constituciones previstas en el Códice Teodosiano ofrece particular interés ver las constituciones de Constantino que no fueron incluidas por Teodosio. Para ello veremos el principio de *edictum de accusationibus* :

Sane ut undiqueversum securitati onnocentium consulatur, placet etiam famosos libellos non admitti .Quos sine nomine propositos si qui invenerit, statim detrahare atque scindere vel igni deberit exurere. In quibus etiam iudicium eiusmodi scripturam ab audientia iudicis penitus oporteat submoveri; manente contra eos inquisitione, qui libellos eiusmodi proponere ausi fuerint, ut reperti debitis temeritatis suae poenis subiciantur.

(Muy bien que se atienda por doquier a la seguridad de los inocentes, magnífico que no sean admitidos los escritos infamantes. Si alguien los encontrara aun anónimos, inmediatamente deberá cogerlos y rasgarlos o echarlos al fuego. En los que hasta el juicio de semejante escritura debe totalmente...(submoveri) de la audiencia del juez; manteniendo la investigación contra los que se hubieran atrevido a presentar tales escritos para que sean sometidos a las penas debidas por su temeridad).

Primeramente es impuesta la orden de no admitir los libelos famosos. Quien los encuentre divulgados sin nombre deberá destruirlos o quemarlos. Lo mismo tendrá que hacer los jueces en relación con los que reciban como denuncia anónima, serán radicalmente eliminados del proceso. Se dispone una *inquistio* contra los autores que estén sometidos a la pena debida a la temeridad.

Con posterioridad Justiniano a fin de reducir y abreviar la multitud de constituciones acuerda con los comisarios encargados de realizar el Código, un ilimitado poder de *amputare, resecare, de componere leges certas et brevi sermone conscriptas* de omitir las constituciones contrarias *quae posteriore promulgatione vacuatae sunt* y también aquellas similares. De este modo surge el texto que Justiniano dedica al tema tratado y que se recoge en C.9.36.2 :

IMPP. VALENTINIANUS ET VALENS AA . EDICTUM.
Si quis famosum libellum sive domi sive in publico vel quocumque loco ignarus reppererit, aut corrumpat, priusquam alter inueniat, aut nulli confiteatur inventum. Sin vero no statim easdem chartulas vel corruerit vel igni consumpserit, sed vim earum manifestaverit , sciat se quasi auctorem huiusmodi delicti capitali sententia subiugandum. Saen si quis devotionis suae ac salutis publicae custodiam gerit , nomen suum profiteatur et ea , quae per famosum persequenda putavit ,ore proprio edicat , ita ut absque ulla trepidatione accedat, sciens ,quod si adsertionibus veri fides fuerit opitulata, laudem maximam ac praemium a nostra clementis consequetur. Sin vero minime haec vera ostenderit, capitali poena plectetur. huiusmodi autem libellus alterius opinionem non laedat. D XIII K Mart. Constantinopoli Valentiniano et valente AA.conss.

Se trata de una falsificación. A un breve texto de mano compilatoria va seguido una sola constitución, atribuida a los emperadores Valentiniano y Valente y emanada en Constantinopla en

el 365. La constitución proviene de una mezcla de una constitución de Teodosio CTh 9.34.9 y una parte de Valente CTh que ya hemos visto.

La reglamentación de Justiniano es breve y clara pero también parcial. El autor del libelo famoso no es considerado directamente si no para decir que si éste se presenta y con su voz afirma la acusación que había hecho mediante el escrito anónimo y lo prueba, se sustrae de la pena. El interés está concentrado sobre la figura del *inventor*-privado ciudadano: si éste se encuentra con un libelo anónimo o firmado y no lo destruye inmediatamente y los lee tiene la misma pena del autor, como quien difunde la *vis* del contenido; en este aspecto no hay diferencia entre Teodosio y Justiniano salvo que Justiniano asimila el libelo famoso anónimo con el que contiene la firma del autor. Sin embargo, falta la asimilación al autor de quien conoce al lector de un libelo famoso y no lo denuncia. Además existe una mayor falta que es el tratamiento de los *libelli iniudiciis oblati* lo que supone que los jueces no están limitados para dar curso a las denuncia anónima y, por tanto, se da más espacio a los procesos inquisitoriales .

Todas estas constituciones muestran cómo el concepto de libelo difamatorio en esta época no se encuentra recogido en la nueva legislación, si bien mantiene su represión por los medios ya establecidos. En este momento lo que interesa a los emperadores es conceder los medios de punición frente a la expansión desmesurada de libelos famosos como acusaciones de delitos anónimas frente a las que el ciudadano se encuentra indefenso, presumiéndose así la inocencia de la víctima y prohibiéndose al órgano jurisdicente que dichos escritos lleguen a ser conocidos y tramitados. Desde Diocleciano todo proceso contra los denominados *libelli famosi* se tramita a través del proceso *extra ordinem* aunque a lo largo de esta

amplia época se producirá una alternancia en los principios inspiradores el proceso pasando de un proceso acusatorio recogido en el Código Teodosiano a un proceso basado en mayor medida en el principio inquisitivo en época ya Justiniana.

CAPITULO V

CONCLUSIONES

1.- El Estado de las fuentes, tanto jurídicas como literarias, nos permite afirmar que la legislación decemviral no contempló en ninguno de sus preceptos, ni la represión de los insultos u ofensas verbales, ni la de los escritos infamantes. La reconstrucción que de la tab. 8.1 a) a través del texto de Plinio *Nat*, 28, 17 debe considerarse originaria del precepto que castigaba los *mala carmina*, correcta desde un punto de vista estilístico y lexical, además de plenamente atendible desde el punto de vista sustancial. Estos *carmina* eran las fórmulas mágicas de encantamiento pronunciadas con la finalidad de dañar.

El *malum carmen* era, por tanto, el encantamiento que turbaba la armonía preestablecida y que en una sociedad latina arcaica, todavía ligada a una concepción del mundo religiosa, era digno de la más severa represión. En este contexto, no es raro que la fórmula de encantamiento dirigida a turbar el equilibrio entre los signos positivos y negativos (ley de la Némesis), pueda ser entendida como un gravísimo ilícito susceptible de la pena de muerte.

Los textos de San Agustín *civ.* 2, 9, que recoge las palabras de Cicerón "*si quis occentavisset sive carmen condidisset quod infamiam faceret flagitiumve alteri*", y de Horacio *epist.* 2, 1, 152-155 ... *lex/ poenaque lata, malo quae nollet carmine quemquam/ describi: vertere modum formidine fustis/ ad bene dicendum delectandumque redacti*, por los que se ha interpretado que se remonta a las XII Tablas la represión de los escritos difamatorios entendiendo que los términos *occentare sive carmen condere* designan el hecho de recitar y escribir *carmina famosa* no pueden considerarse como una fuente creíble. La locución "*occentare sive carmen condere*" no parece pues originaria del texto decemviral, por lo que puede ser considerada como una

glosa ciceroniana o preciceroniana que explica en clave difamatoria el término *occentare*.

Cabe, en consecuencia, afirmar que Cicerón y Horacio -que se refieren a la difamación hablando respectivamente de *occentare sive carmen condere* y de *mala carmina describere* o *condere*-, o bien no habrían interpretado correctamente la locución o, como es más probable, son portavoces de la opinión común en su tiempo que consideraba a los *mala carmina* de las XII Tablas, no como fórmulas mágicas, sino ya como poemas difamatorios.

Sólo en una época posterior, como se deduce del testimonio de Horacio, los cármes difamatorios serían también definidos como *mala carmina* en el sentido de *carmina maledica*.

2.- Tampoco cabe plantear la posibilidad de que la noción de *iniuria* incluyese los escritos difamatorios (*carmen famosum*). A pesar del texto de las Sentencias de Paulo 5, 4, 6 que afirma *Lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis*, no parece que se pueda considerar que el delito de *iniuria* configurado en las XII Tablas recogiese los *carmina famosa*. El texto podría pues considerarse como una anticipación realizada en época postclásica.

De igual modo, no puede entenderse que la noción de *iniuria* decemviral comprendiera ningún tipo de difamación. El delito de *iniuria* en esta época está limitado a las lesiones físicas y, en concreto, a las ofensas personales penadas con los 25 ases, tal y como se recoge en la reconstrucciones de la tab.8.4, aquella *ofensa física* que no se concretaba en un *membrum ruptum* tab.8.2 o en un *os fractum* tab.8.3. Ahora bien, no se pena tanto la agresión física como la ofensa o agravio que ésta provoca por la connotación moral de la acción realizada *non iure*.

Este concepto de *iniuria* decemviral será objeto de una profunda evolución en época postdecemviral, incluyendo el *membrum raptum* y el *os fractum*, hasta llegar a configurarse una noción de *iniuria in corpus* que comprenderá la ofensa física genérica a la que se atribuye una pena económica estimatoria y que en época clásica atribuirá al concepto técnico-jurídico de *iniuria-contumelia*, el ámbito de ofensa física junto al ámbito de ofensa moral que representa la *contumelia*.

La evolución mencionada se llevará a cabo a través de la intervención pretoria, mediante la promulgación del denominado *edictum generalis de iniuriis aestimandis* que unificará todas las lesiones bajo la noción de *iniuria* y a través de los edictos especiales que casuísticamente irán ampliando la noción de *iniuria* física a una concepción amplia de ofensa moral que será perfeccionada con elaboración de la jurisprudencia y terminará en la conocida noción de Labeón D. 47,10,1 pr. *iniuria-contumelia*.

3.- El comienzo de la represión de la difamación verbal tiene su origen en el la represión de la *licentia poetarum*.

La primera represión de la difamación tendrá lugar con la emanación del edicto *de convicium* y recogerá el ámbito de la difamación oral. El motivo de dicha protección edictal es el amparo del ciudadano romano que sufre una afrenta verbal, en público, proferida por un grupo de personas *adversus bonos mores*. Los más antiguos casos que entran en la noción de *convicium adversus bonos mores*, a los que el pretor se refería con el acto de emanación del edicto, no guardan relación con la difamación a través de palabras, en prosa o en poesía, sino con colectivas manifestaciones de protesta que se exteriorizaban a través de gritos y estrépitos, entendidos por el pretor como *sediciones*.

Sólo en el marco de la evolución histórica, el *convicium adversus bonos mores* fue entendido como un especial *maledictum*, pronunciado *in coetu* o *cum vociferatione* es, posteriormente, y como toda forma de *iniuria verbis*, no designó nunca la especial categoría de escritos difamatorios descritos con las locuciones *carmen famosum*, *liber* o *libellus famosus*. Por tanto no resulta posible afirmar que en la cláusula del edicto *de convicio* se conservaran las huellas de *occentare sive carmen condere* (esto es el hecho de recitar y escribir *carmina famosa*). La represión del escrito difamatorio, en el derecho del pretor, viene a título de *infamandi causa factum* y no de *convicium*.

La represión ordinaria del insulto data de la época relativamente reciente (final del segundo siglo) y deriva del fenómeno de la *theatralis licentia*. No el insulto escrito sino el oral, es el considerado en primer lugar; no toda forma de insulto sino sólo aquél que presenta notables caracteres de publicidad y que es, probablemente, nominativo. Otras connotaciones (su carácter de *urbanitas*, de *iocus*, el hecho de que de era dirigido a un *noce*... etc.) podían considerarlo no punible incluso si era pronunciado *in coetu* o *cum vociferatione*.

Con la noción de *convicium* se designaban las palabras obscenas acompañadas de gestos análogos que *contemplatione forum et causa publicae honestatis vindictam extraordinariae ultionis expectat*.

A la luz de los principios generales de la *iniuria* clásica todo insulto, incluso proferido en privado y contenido en documentos privados, podía teóricamente dar lugar a la *actio iniuriarum*, siempre que concurriesen los requisitos de imputación exigidos. Por tanto, según la enseñanza gayana, el insulto proferido en público (*in teatro* o *in foro*) en época clásica revisaba una forma agravada de *iniuria*, esto es, una *iniuria atrox*.

4.- Respecto a la difamación escrita se debe considerar que los *carmenes inconditus*, fesceninos, triunfales, jocosos... etc., nunca fueron reprimidos. Sólo cuando el carmen es sometido a la norma y escrito como creación artística, designando un producto, meditado y no improvisado, del ingenio poético se puede considerar que surge la noción de *carmen conditus*. Este *carmen* es compuesto por escrito y destinado a la divulgación oral. Es un producto poético conscientemente elaborado por un autor y quizá los primeros se encuentren en la poesía dramática. Estos cármes se convirtieron en sátiras dramáticas que provocaron la emanación de una ley que vetase el *carmen conditum difamatorio*, que sería referida por Cicerón y S. Agustín.

De la lectura conjunta de los testimonios de Cicerón-Agustín, Horacio y Evancio resulta que la tradición romana unía la antigua ley sobre el *malum carmen* al fenómeno de la licencia de los poetas teatrales; la combinación de las palabras de Livio, Horacio y Evancio constituye una prueba veraz de la existencia de una sólida tradición, probablemente recogida de Varrón en el *de poetis*, según la cual, la ley sobre el *malum carmen conditum* se refería expresamente a la sátira dramática. Y puesto que sabemos por Livio que la llegada de la sátira dramática tuvo lugar en torno al 364 a.C., cuando fueron instituidos los juegos escénicos, la disposición sobre el *malum carmen* o *infame carmen conditum* no puede haber sido contemplada por los decenviros. En consecuencia, se debe interpretar que ese *malum* o *infame carmen conditum* fue reprimido por primera vez en época posterior al 364 a.C. Así se puede atribuir la primera represión del *malum carmen conditum* a una misteriosa ley emanada (en época sucesiva al 364 y antes del 264) para reprimir la licencia verbal de los autores-actores de sátiras dramáticas. Esta ley establecía el poder de coerción de los magistrados frente a los histriones consistente en el *ius virgarum*, en la *verberatio*. Probablemente se limitaba a conferir a los magistrados el derecho de *coercere, sine provocatione*, a través

de la *verberatio*, a los histriones (en aquel tiempo autores y actores de sus *carmina* teatrales) que hubiesen difamado desde el palco escénico.

El problema de la difamación verbal en Roma se pone pues de manifiesto con la llegada de la poesía teatral. Cabe, por ende, subrayar que en la más antigua intervención represiva de la difamación verbal de la que las fuentes encontramos las siguientes connotaciones: 1) sólo la poesía dramática recitada no extemporánea pero producida por poetas de profesiones era punible (el *carmen inconditum* no pudo ser *malum* porque es un *ludus*, una *iocatio*); los primeros poetas son autores de teatro que normalmente también son actores, entregados a las recitaciones a otros de su poesía dramática, por tanto, *scribae histrionesque*; 2) sólo la difamación proferida oralmente y en público, esto es, desde el palco escénico, era relevante. 3) se trataba probablemente de una intervención inspirada en intereses de clase y dirigido a la protección de los *principes civitatis*.

Parece fundado afirmar que el ilícito del *malum carmen conditum* no fue entendido, al surgir, ni como *crimen* (así devendrá sólo en época Augusta) ni como *delictum* (tal devendrá, en el desarrollo del siglo II a.C, a través de la concesión de la *a. iniuriarum ex edicto de convicio* acordada por el pretor contra la difamación nominativa en la escena). Tal ilícito fue entendido como *probrum*, reprimido por los censores, o como un acto de desobediencia que podía también ocasionar, entre otros medios coercitivos, la *verberatio sine provocatione*, por parte de los magistrados: cónsules, con auxilio de los *tresviri* capitales, pretores, sin duda también los tribunos y ediles.

Pero será en la Republicana tardía cuando el fenómeno de la difamación verbal se incremente de tal manera que la proliferación de lleve a la necesidad de la intervención pretoria frente a los escritos infamantes.

6.- Junto a la difamación escrita que era fijada al *liber editus*, hay que añadir el fenómeno de la escrita o el diseño trazado en folletos esparcidos o sobre monumentos públicos. Las fuentes literarias designan tales escritos con los términos *inscriptio*, *libellus*, *epigramma*, *versus*, *carmen*, βιβλίον, y la difamación con los verbos *proponere*, *proscribere*, *spargere*, εκτιθεναι.

Este tipo de escritos, consistente como máximo en una frase lapidaria, en prosa o en verso, rigurosamente anónima, podía alcanzar aquella forma de publicidad que habitualmente el *liber* no tenía. Con el anonimato caía el vis-a-vis y era vano el *rescribere* (contestar). Así se podía eficazmente organizar y expresar el disenso político y hacer propaganda.

Ello quizá llevó a que entre los casos de aplicación del edicto *ne quid infamandi causa fiat*, se mencionara el escrito difamatorio. Así se supone que, al acto de acordar una acción privada contra la difamación escrita, el pretor se haya preocupado en primer lugar del fenómeno de los breves escritos –singulares composiciones poéticas, escrituras sobre monumentos o sobre muros- puesto que más fácilmente podían revestir una forma de publicidad, sobre todo a través de *recitare* (o *cantare*) y *proponere* (o *in vulgo edere*). Todo ello permite subrayar que la más antigua especulación jurisprudencial en tema de los escritos difamatorios está orientada a no distinguir, en el ámbito del fenómeno de los breves escritos difamatorios, ningún tipo específico si no aquél del *carmen*; junto al *carmen* está el *aliquod* que comprende, además del graffiti, todas las formas que la historiografía contemporánea tiende a indicar como *libelli publice propositi ad infamiam alicuius conscripti* y a asimilarlos al *carmen*.

La jurisprudencia, en este periodo, no asume el término *libellus* en la descripción del fenómeno de la difamación escrita; esto sucederá sólo en época clásica y más tarde cuando a la locución *libelli aut carmina* se atribuirá el valor de un antítesis entre los escritos de

delación, de denuncia de graves culpas y todos los otros escritos difamatorios, de carácter polémico, satírico o dañino. Los *libelli famosi* de los que se ocupan los juristas de época avanzada son las denuncias calumniosas, que las constituciones tardoimperiales reprimen con extrema severidad, si son anónimas, pero frente a las que también se admite la represión privada.

7.- En relación con aplicación de la *lex Cornelia* a la difamación escrita, debemos partir de la distinción entre *liber* y el resto de escritos breves, distinción que dará lugar a que sean considerados por dos disposiciones normativas distintas y tramitados mediante procedimientos diferentes. De este modo, en el siglo I d.C., se extendió la intestabilidad *ex lege Cornelia*, como pena accesoria a la económica del procedimiento público introducido por Sila (conforme a D.47.10.5.9) a los *libri* publicados con el nombre del autor o bajo pseudónimo, siempre y cuando indicasen nominativamente a la víctima.

En el caso de que el *liber* no mencionase específicamente el nombre de la persona difamada, sería de aplicación el SC *necessarium* del D 47,10,6, utilizado para todo tipo de anonimato de la víctima y que, ante la difícil prueba de la legitimación del interés privado, establece un *quaestio publica* con una *accusatio publica*.

Respecto a los *libelli aut carmina*, en general *inscripciones*, también será aplicable la pena de intestabilidad por las sucesivas extensiones de la *lex Cornelia* (D.47,10,5,1, respecto a los libros y en D. 28,1,18,1 en relación con los *carmina*).

Por lo que concierne al anonimato del autor, según consta en la fuentes literarias (Suetonio *Agus* 55), probablemente se estableció la represión *extra ordinem* por mandato de Augusto.

Cabe conforme a lo anteriormente señalado, subrayar la existencia de un senadoconsulto (constituido por los textos D.47,10,5,10-11, D.28,1,18,1 y D.47,10,6) que aplicaría

extensivamente la intestabilidad establecida *ex lege Cornelia* a los *libri* y a los *epigramas aliudve quid sine scriptura* (incluidos *carmina* y *libelli*) y determinaba una *quaestio publica* en el casos de anonimato de la víctima, pero que contemplaba también la posibilidad no sólo de actuar por la *actio iniuriarum* privada sino también el *iudicium publicum* aún cuando no existiese tal anonimato de la víctima (último párrafo de D 47,10,6). La víctima estaba pues obligada a una acusación pública en los casos en que se le difamase en un escrito donde no se encontraba su nombre y podía ir a la acusación pública si era difamada nominativamente, existiendo en este último supuesto también la posibilidad de la acción privada, en el bien entendido de que el ejercicio de una de las vías, suponía la preclusión de la demás acciones.

8.- Respecto a la relación entre difamación escrita y *maiestas* se debe afirmar que, según Tácito, los *dicta* han sido asumidos por primera vez en el *crimen maiestatis ex lege*, por una *lege de maiestate* que preveía expresamente los *dicta* contra el *princeps* y los *parens* y es conforme a una ley de Augusto o de Tiberio. La difamación verbal podía configurarse como un caso de *perduellio* o *maiestas* sólo si era dirigida contra magistrados *religione* inviolables e *inlustres* o a los asimilados a éstos. Será precisamente a través de la *religio* que la palabra difamatoria irrumpirá en la noción de *maiestas* de la época del principado.

9. En la época postclásica se generaliza la represión de la *iniuria* y de la difamación escrita a través de la *cognitio extra ordinem* subsistiendo *de facto* la acción privada, aunque con escasa aplicación, hasta en época justiniana se revitaliza el ejercicio de esta acción privada, al concederse a toda víctima de injurias la facultad de elegir una u otra.

Los *libelli famosi* regulados en la legislación del Bajo Imperio ya no serán los escritos difamatorios sino el breve escrito de denuncia anónimo en el que se alegan culpa y delitos a cargo de alguien explícitamente mencionado.

INDICE DE FUENTES CONSULTADAS.-

I. FUENTES JURÍDICAS

BASILICORUM LIBRI

60,21,5

60,21,36

CODEX IUSTINIANUS

1,25,1

2,11

2,12,1

2,12,5

2,12,14

3,26,9

3,41,

4,17,1

5,37,22,2

5,60,3

6,2,21

7,16,31

7,39,3

8,59,1

9,2,2

9,2,3

9,2,5

9,2,10

9,31,1,pr.

9,35,5

9,35,6-9

9,35,7

9,35,8

9,35,9

9,35,10

9,35,11

9,36

9,36,1

9,36,2

9,47,2

10,59

CODEX THEODOSIANUS

3,16,1

4,8,5

4.22,1

5,8,1

6,30,1

7,20,5

9,34

9,34,6-9

9,34,7

9,44

10,4,1

11,30,2

12,1,21

13,3,1

16,2,1

16,2,5

16,2,7

16,8,1

16,8,5

COLLATIO

1,3,1

1,6,1-3

2,2,1

2,3

2,5,1

2,5,2

2,5,3-5

2,5,4-5

2,5,6

2,6,1

2,6,3

2,6,4

2,6,5

3,3,1

7,3,4

15,1

15,3,6

DIGESTA

1,2,1

1,1,7,1

1,1,8

1,2,2,10

1,2,2,28

1,6,2

1,12,1,1

1,12,1,8

1,12,1,10

2,4,10,12

2,5,24

2,8,5,1

2,9,1

2,9,2,1

2,11,10,2

2,12,2

2,12,3

2,12,3,pr.

2,13,1,1

3,2

3,2,1

3,2,1,pr.

3,2,5

3,2,20

3,2,22

3,3,33,2

3,3,42,1

3,3,71

3,5,3,4

3,6,4

4,2,14,2

4,2,16,2

4,3,1,2

4,3,26

4,3,27

4,5,2,3

4,7,4,6

5,1,77

5,3,20,6

5,3,20,12

6,1,13

7,9,5,1

8,5,8,5

9,1,1

9,1,1,11

9,1,1,14

9,1,1,15
9,1,3
9,2,5,1
9,2,5,3,7,pr.
9,2,5,3
9,2,11,2
9,2,13pr.
9,2,27,3
9,2,27,5
9,2,27,13
9,2,27,28
9,2,41
9,2,41,pr.
9,2,45,4
9,3,1,pr.
9,3,1,5
9,3,5,5
9,3,7
9,4
9,4,2
9,4,2,1
9,4,4
9,4,4,2
9,4,8
9,4,11
9,4,12
9,4,13
9,4,17,1
9,4,21
9,4,21,pr.
9,4,21,2-4
9,4,21,2

9,4,22,3
9,4,26,1
9,4,27,pr.
9,4,27,1
9,4,28
9,4,29
9,4,32
9,4,33
9,4,34
9,4,35
9,4,39,pr.
10,2,25,3 ss.
10,4,3,7
11,1,17
11,2,1
11,7,8,pr.
11,7,9
14,2,2,2
14,4,9,2
15,1,3,12
16,3,1,38
19,1,10
19,1,25
19,2,13,4
19,5,11
21,1,23,2
21,1,42
22,5,21,pr.
24,3,64,pr.
24,3,64,6
24,3,64,7
24,3,64,10

25,2,3,4
25,4,1,8
26,8,1,pr.
26,9,3
27,2,53,4
27,6,9,1
27,7,8,1
28,1,26
28,1,18,1
31,41,1
35,2,32,pr.
37,6,2,4
37,14,1
37,14,7,1
37,15,1,2
38,5,1,pr.
38,5,1,8
39,1,20,8
39,4,1,6
39,4,4,pr.
40,13,2
41,3,45
42,1,6,1
42,1,6,3
42,1,37
42,1,38,1
42,1,39
42,5,11
42,5,31,5
42,8,6,12
42,8,11
43,1,4

43,8,2,9
43,26,8
44,3,7
44,4,4,17
44,7,9
44,7,14
44,7,26
44,7,33
44,7,34
44,7,34,pr.
44,7,35,pr.
44,7,39
44,7,49
44,7,58
44,7,60
46,2,29
46,8,22,9-10
47,1,1
47,1,1,pr.
47,1,1,1
47,1,2,pr.
47,1,2,4
47,1,3
47,2,17,3
47,2,21,7
47,2,53,pr.
47,2,93
47,8,4,14
47,10
47,10,1,pr.
47,10,1,1
47,10,1,2

47,10,1,3
47,10,1,4-6
47,10,1,4
47,10,1,5
47,10,1,6
47,10,1,7
47,10,1,9
47,10,2
47,10,3
47,10,3,pr.
47,10,3,1
47,10,3,2
47,10,3,3
47,10,3,4
47,10,4
47,10,5
47,10,5,pr.
47,10,5,1
47,10,5,2,-5
47,10,5,6
47,10,5,7
47,10,5,8
47,10,5,9-11
47,10,5,9
47,10,5,10
47,10,6
47,10,7
47,10,7,pr.
47,10,7,1
47,10,7,2
47,10,7,3
47,10,7,5

47,10,7,6
47,10,7,8
47,10,8
47,10,9,pr.
47,10,9,1
47,10,9,2
47,10,9,3
47,10,9,4
47,10,10,1
47,10,10,2
47,10,11,pr.
47,10,11,1
47,10,11,2
47,10,11,3
47,10,11,4
47,10,11,5
47,10,11,6
47,10,11,7
47,10,11,8
47,10,11,9
47,10,12
47,10,13
47,10,13,pr.
47,10,13,1
47,10,13,3
47,10,13,4
47,10,13,5
47,10,13,7
47,10,15,pr.
47,10,15,1
47,10,15,2 ss
47,10,15,6

47,10,15,8
47,10,15,9
47,10,15,11-12
47,10,15,13
47,10,15,14
47,10,15,15 ss
47,10,15,15-16
47,10,15,20
47,10,15,21
47,10,15,24
47,10,15,25 ss
47,10,15,26
47,10,15,27 ss
47,10,15,27
47,10,15,28
47,10,15,29 ss
47,10,15,29
47,10,15,30
47,10,15, 31-32
47,10,15,31
47,10,15,32
47,10,15,33
47,10,15,34 ss.
47,10,15,34
47,10,15,35
47,10,15,36
47,10,15,37
47,10,15,38-39
47,10,15,38
47,10,15,39
47,10,15,40
47,10,15,41

47,10,15,42
47,10,15,43
47,10,15,44
47,10,15,45
47,10,15,46
47,10,15,47
47,10,15,48
47,10,15,49
47,10,16
47,10,17
47,10,17,pr.-2
47,10,17,pr.
47,10,17,1
47,10,17,2
47,10,17,3 ss.
47,10,17,3
47,10,17,4
47,10,17,5-6
47,10,17,6
47,10,17,7-8
47,10,17,9
47,10,17,10 ss
47,10,17,10
47,10,17,11
47,10,17,11
47,10,17,12
47,10,17,13
47,10,17,14
47,10,17,15
47,10,17,16
47,10,17,17
47,10,17,18

47,10,17,19
47,10,17,20
47,10,17,21
47,10,17,22
47,10,18,pr.
47,10,18,1
47,10,18,2
47,10,18,3
47,10,18,4-5
47,10,18,4
47,10,19
47,10,20
47,10,22
47,10,23
47,10,24
47,10,25
47,10,26
47,10,27
47,10,28
47,10,29
47,10,30,pr.
47,10,30,1
47,10,31
47,10,32
47,10,33
47,10,34
47,10,35
47,10,36
47,10,37
47,10,37,1
47,10,38
47,10,39

47,10,40
47,10,41
47,10,42
47,10,44
47,10,45
47,11
47,11
47,11,1,1
47,11,5
47,21,2
47,23,5
48,1,7
48,1,11
48,1,13,1
48,2,12,3
48,2,12,4
48,2,17
48,3,2
48,4,1,3
48,4,3
48,4,6
48,5,6,pr
48,5,11,2
48,5,37
48,5,38,9
48,8,1,3
48,8,2,9
48,8,13
48,10,13,1
48,10,22,pr.
48,13,6,pr.
48,15,6,2

48,16,1,13
48,19,1,pr.
48,19,1,3
48,19,2,1
48,19,10
48,19,16
48,19,16,2
48,19,19
48,19,20
48,19,26
48,19,28,7
49,1,8
50,13,3
50,16,236,pr.
50,17,38
50,17,44
50,17,55
50,17,108
50,17,111,1
50,17,133,8
50,17,139,pr.
50,17,157,2
50,17,164

GAI EPITOME

2,11,1

GAI INSTITUTIONES

1,53
1,122
1,144
1,145

1,189-190

1,196

3,88

3,109

3,182

3,208

3,217

3,220 ss.

3,221

2,222

3,223

3,224

3,225

4,6-9

4,16

4,45-47

4,60

4,75

4,76

4,77

4,78

4,79

4,80

4,81

4,82

4,102

4,105

4,110-111

4,112

4,117

4,182

4,184-186

4,186

4,187

IUSTINIANI INSTITUTIONES

1,22,pr.

1,8,2

4,4,pr.

4,4,1

4,4,2

4,4,3

4,4,7

4,4,8

4,4,9

4,4,10

4,4,11

4,4,12

4,8

4,8,3

4,8,7

4,9,pr.

4,12,pr.

4,12,1

4,16,2

4,18,5

LEX XII TABULARUM

2,3

8,1

8,1,a

8,1,b

8,2

8,3
8,4
8,6
8,11
8,12
8,14
8,24,a

PAULI SENTENTIAE

2,26,16
2,31,35
5,4
5,4,1
5,4,2
5,4,3
5,4,4
5,4,5
5,4,6
5,4,6-7
5,4,7
5,4,8
5,4,9
5,4,10
5,4,11-12
5,4,13
5,4,14
5,4,15
5,4,15-16
5,4,17
5,4,18
5,4,19
5,4,20

5,4,22
5,16,11
5,17,2
5,25,13
5,29,1

ULPIANI EPITOME

11,28
20,15

II. FUENTES EPIGRÁFICAS Y PAPIROLÓGICAS

FRAGMENTUM ATESTINUM

FRAGMENTUM AUGUSTOD.

LEX IRNITANA

LEX IULIA MUNICIPALIS

lin 110 s.

lin.111

LEX NUMAE - Fest. (L) 247

LEX OSCA TAB. BANTINAE

lin.13-14 y 24

LEX ROMANABURGUNDIONUM

5

5,1

5,2

PAP. HAL.1

1188 ss.

PSI XIV 1449 Rp.268n.739

TABULA HERACLEENSIS

lin 108 ss.

lin 114

lin 115

lin 117

III. FUENTES LITERARIAS

AMMIANUS MARCELLINUS

30,5,16

APPIANUS

Bellum civile

2,26

ARISTÓTELES

Ethica Nicomachea

5,2

5t,8,9

12-13

1130b-1131a

Rhetorica

1,13,1373b

1,13,1374a-b

ARNOBIUS

Adversus nationes

4,34

ASCONIUS

In Cornelianam

52

AUCTOR AD HERENIUM

Rhetorica ad Herennium

1,14,24

2,13,19

2,26,41

4,25,35

AUGUSTINUS

De civitate dei

2,9

2,12

CATO

De agricultura

160

Origenes

4

CATULLUS

16,5 ss.

CICERO

Epistulae

Ad familiares

3,11,2

5,11,12

7,22

10,32,2

Orationes

In M. Antonium Philippicae

1,9,21

In Verrem

1, 42,109

2, 5,9,23

2,5,62,162

2,185

Pro Caecina

22,63

35

12,35

Pro Caelio

6

38

Pro Cluentio

42,120

Pro Milone

4,10

Pro Mur

17,27

Pro Quinctio

6,25

8,30

15,50

Pro Sulla

63

De natura deorum

3,38,90

De officiis

3,14,60

De republica

2,31,53-55

Topica

9,39

Brutus

85 ss.

De inventione

2,20,59-60

Tusculanae disputationes

4,2

4,4

DIO CASSIUS

Historiae Romanae

36,40,2

55,4,3

55,25, ss.

55,27

56,27

DIONISUS HALICARNASSENSIS

8,80

EUTROPIUS

Breviarium ab urbe condita

8,17

EVANTHIUS

De com

2,3

2,4

FESTUS

De verborum significatum (Lindsay)

180 s.v. *noxia*

296 s.v. *occentare*

320 s.v. *rupitias*

342 s.v. *reciperatio*

468 s.v. *sextantarii asses*

496 s.v. *talionis*

GELIUS

Noctes Atticae

3,3,15

4,18,7

11,8,8

13,10,1

20,1

20,1,4

20,1,5

20,1,12

20,1,13

20,1,14

20,1,15-17

20,1,16

20,1,31

20,1,32-33

20,1,33-34

20,1,34

20,1,37

20,1,38

20,1,39

HORATIUS

Epistulae

2,1,139-157

2,1,148

2,1,152

2,1,152-155

2,1,154

Satirae

1,4

1,4,75

1,4,86-89

1,7,20 ss.

2,1

2,1,81

2,1,82-85

2,1,82

Sermones

2,1,79, ss.

2,1,82

ISIDORUS

Orig.

5,27,18

7,9,15

JUVENALIS

Satirae

102-120

LIVIUS

2,55,4
3,69,7
7,2,1,12
26,48,8
34,2,11
43,2,10
43,2,3

MARTIALIS

Epigramata lib.
7,8,7

OVIDIUS

Metamorphoses
14,369

Tristia
2

PLAUTUS

Amphitruo
2,1,58 s.
4,3,9
315 y 317 ss.

Asinaria
371
Bacchides

270

874

Capt.

604

Casina

404 y 407

Curculio

145

Mercator

59

235

405

408

Miles

211 s.

Mostelaria

617

620

Persa

3,1,364

3,1,384

568

569

Pseudo

1150

Rudens

710

1182

PLINIUS

Epistulae

6,31,3

Naturales historia

17,17

18,4,3

18,4,17

28,2,3,10

28,2,4,10-18

28,2,4,17-18

33,44

33,45

PLUTARCHUS

Antonius

58,3

Caes.

29

Sull.

3,2

Comp.Lys.et Sull.

3,2

Romulus

22

PRISCIANUS

Institutiones grammaticae

6,264

QUINTILIANUS

Declamationes

231

265

SALLUSTIUS

De coniur.Catilinae

48,8

SÉNECA

Controversiae

10,1

10,1,9

10,1,30

De beneficiis

2,35,2

3,21,2

3,22,3

5,8,4

Dialogorum lib.

2,17,4

SERVIUS

Ad Aenides

20,14

SUETONIUS

Tranqu. Tib.

59

Vitae Caesarum:

Caes.

22,49

49,52

67,2

Augustus

23,2

45

55

Tiberius

8,5

28

Caligula

16

Vitellius

7

Domitianus

8

TACITUS

Annales

1,72

1,77

3,36

4,21

4,21,5

4,34

11,1

11,13

14,50

TERENTIUS

Adelphoe

171

180

VARRO

Res rusticate

1,2,27

BIBLIOGRAFIA

- AHL, F.M. "Lucan's de incendio Urbis, Epistulae ex Campania and Nero's Ban" Transactions and proceedings of American Philological Association, vol. 102 (1971), pp.1-27.
- ALBANESE, B, "Una congettura sul significato di iniuria in XII tablas 8.4"
- ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979. cap.VI limitazioni della capacità giuridica. 3. situazione individuali infames pp.403-419 (falta por fotocopiar parte pedir en la UAM).
- ALBERTARIO, *Delictum et crimen*, Studi di Diritto Romano, vol. III Obbligazioni, Milano 1936, pp.141 ss.
- ALBERTARIO, *Maleficium*, Studi di Diritto Romano, vol. III Obbligazioni, Milano 1936, pp.199 ss.
- ALBURQUERQUE, J.M, La protección o defensa del uso colectivo de las cosas de dominio público: especial referencia a los interdictos de publicis locis (loca, itinere, viae, flumina, ripae), Madrid: Dykinson, 2002, 349 págs;
- ALBURQUERQUE "Perfil de la orden interdictal ne quid in loco publico fiat", en Derecho y Opinión, 5, 1997, págs. 139-161
- ALBURQUERQUE, En torno a la formulación edictal : Pacta conventa servabo, Córdoba, 1990, 128 págs.;
- ALBURQUERQUE, La protección jurídica de la palabra dada en Derecho Romano: contribución al estudio de la evolución y vigencia del principio general romano "pacta sunt servanda" en el derecho europeo actual, Córdoba, 1995, 253 págs.
- ALBURQUERQUE, "Historia del pactum antes del Edictum", en Libro Homenaje al Profesor Juan Iglesias, Madrid, 1988, págs. 1107-1120.
- APPLETON, *Notre enseignement du droit romain ses ennemis et ses défauts*, Mélanges de Droit Romain dédiés a Georges Cornil. Tomo I, Paris 1926, pp.44 ss.
- ARIAS BONET, Prueba testifical y "obvagulatio" en el antiguo derecho romano, en Studi in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione, Milan 1956.
- BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui*, Padova 1983.

- BALZARINI, Rec a Rilinger, Humiliores-Honestiores, Zu einer sozialen Dichotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit, IURA XXXIX 14.
- BALZARINI, La represión de la iniuria D. 47, 10, 45 y en algunos rescriptos de Diocleciano (contribución al estudio del derecho penal romano en la edad imperial) Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense 59, (1980).
- BARDELLI, *La giurisdizione in Atene studiata in rapporto allo spirito e all'evoluzione della costituzione politica*, Roma, 1972.
- BASSANELLI SOMMARIVA, G. "L'iniuria nel diritto penale del quarto o quinto secolo". Atti dell'Accademia romanistica Costantiniana 8, Perugia 1990.
- BAUMAN, *Impietas in principem*, A study of treason against the Roman emperor with special reference to the first century A.D, München, 1974.
- BEAUCAMP, *Le statut de la femme à Byzance (4^o-7^o siècle). I. Le droit impérial*, Paris 1990.
- BECKMMAN, *Zauberei und Recht im Roms Frühzeit. Ein Beitrag für Geschichte und Interpretation des Zwölftafelrechtes*, Münster 1923.
- BEHREND, *Rec a Manfredini*, IURA 31 (1980) pp.214-217.
- BEHREND, *Rec a Manfredini, La diffamazione verbale nel diritto romano I, età repubblicana*, Milano, 1979, IURA 31 (1980)
- BETTI, *Istituzione di diritto romano*, 2.1, Padova 1960 pp.506-528. Capitolo XXXVII Obligationes ex delicto.
- BETTI, *Rec a Levy*, SDHI 29 (1963), pp.389-391.
- BINDING, *Rechtsvergleichende Vermuntrugen zu membrum ruptum, os fractum und iniuria der lex XII Tabularum*, ZSS.40 (1919), pp.106-112.
- BIONDI, B. *Il diritto Romano Cristiano III*, La Famiglia- Rapporti Patrimoniali- Diritto pubblico. 1954.
- BIONDI, B. *Discipline Giuridiche. Diritto Romano*.
- BIONDI, B. *Il diritto romano*, Bologna, 1957, pp.541-578. Capitolo XVI Delitti e pene.

- BIRKS, *Infamandi causa facta in disguise?*, Essay in honour of Ben Beinart 1 Cape Town Wetton, 1979, pp.83-104.
- BIRKS, *Lucius Veratius and the Lex Aebutia*, Dauer Noster.
- BIRKS, *The Early History of Iniuria*, TS.37, 1969.
- BISCOTTI, B. *Malum carmen incantare e occentare nelle XII Tavole, Testimonium Amicitiae* (Franco Pastori) Milano, 1992, pp. 21-51.
- BONINI, *Il titolo "de poena temere litigantium" (4, 16) delle Istituzioni giustinanee*, AG 176 (1969), pp.27-42.
- BRAVO BOSCH M.J, *La Injuria Verbal Colectiva*. Madrid, 2007. Dykinson.
- BRAVO BOSCH M.J, "Sobre el origen histórico del Edicto de convicio", en *Revista General de Derecho Romano*, Nº 7, 2006, págs.1-46.
- BRAVO BOSCH M.J, "A propósito de la protección del honor de la persona", en *Revista General de Derecho Romano*, Nº 8, 2007, págs. 1-34.
- BRAVO BOSCH M.J, "Sobre el dolo y la culpa en la iniuria", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, Nº 11, 2007, págs. 81-94.
- BRAVO BOSCH M.J, "Algunas consideraciones en torno a la lex Aquilia", en *Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Benito Mª Reimundo Yanes/ coord. por Alfonso Murillo Villar*, Vol. 1, Burgos, 2000, págs. 23-36.
- BRAVO BOSCH M.J, "Notas sobre el elemento objetivo del edictum de convicio", en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, Vol. XIX, Madrid, 2006, págs. 383-410.
- BRAVO BOSCH M.J, *Sobre el origen histórico de la cláusula edictal qui adversus bonos mores convicium*", en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Vol. 53, 2006, págs. 109-149.
- BRAVO BOSCH M.J, "Algunas consideraciones sobre el Edictum de adtemptata pudicitia", en *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 5, Nº 2, 1996, págs. 41-53.
- BRAVO BOSCH M.J , "Sobre el origen histórico del Edicto de convicio", en *Revista General de Derecho Romano*, ISSN 1697-3046, Nº 7, 2006, págs.1-46.

- BRASIELLO, *Corso di Diritto Romano, Atto illecito pena e risarcimento del danno*, Milano, 1957.
- BRASIELLO, *La repressione penale in Diritto Romano*, Napoli, 1937.
- BRASIELLO, *Note introduttive allo studio dei crimini romani*, SDHI 12 (1946), pp.148-174.
- BRASIELLO, *Sulle linee e i fattori dello sviluppo del diritto penale romano*, Scritti Giuridici. Racolti per il Centenario della Casa Editrice Jovene 1954, Nápoles, pp.443-469.
- BREONE. M, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, 2ª ed. 1982, pp.173-190 (III. Iniuria e $\upsilon\beta\rho\iota\varsigma$).
- BRUNNENMEISTER, Dr.E.Landsberg, *Iniuria und Beleidigung, eine Untersuchung über die heutige Anwendbarkeit der actio iniuriarum aestimatoria*, Bonn, M. Cohen und Sohn, 1886
- BURDESE, *Reflexioni sulla repressione penale romana in età arcaica* (coferencia 1965) Conferenze Romanistiche II, Milano, 1967.
- BURDESE, *Riflessioni sulla repressione penale romana in età arcaica*, BIDR 69 (1966), pp. 342-354.
- CARNAZZA-RAMETTA, *Studio sul diritto penale dei romani*, Roma, 1972, parte especial, pp.212 ss.
- CARRELLI, *I delitti di taglio di alberi e di danneggiamento alle piantagioni nel diritto romano*, SHDA 1939, pp.329 ss.
- CENDERELLI, *Il carattere non patrimoniale dell'Actio iniuriarum e D.47.10.1.6-7*, IURA 15 (1964), pp.159-167.
- CENDERELLI, *Intorno all'epoca di compilazione dei "libri iuris epitomarum" di ermogeniano*, Labeo 14 (1968), pp.187-201.
- CENTOLA, *Il crimen calimuniaie*, Napoli, 1999 (prestado por Antonio)
- COMERCI, G, Carmen, *occentatio e altre voci magico-diffamatorie*, Bollettino di studi Latini, 1977, pp.287 ss.
- COMPARETTI, *Maldicenze procopiane*, Raccolta di scritti in onore di Giacomo Lumbroso, Milano, 1925, pp.68 ss.
- CORNIL, *Ancien Droit Romain. Le problèmedes origines*, Paris, 1930, pp.78 ss.

- COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Roma, 1968 (también Terencio).
- CRAMER, F.H. "Bookburning and Censorship in Ancient Rome: A Chapter from the History of Freedom of Speech", *Journal of the History of Ideas*, vol.6, nº 2, 1945, pp.157-196.
- D'IPPOLITO, *Accio, mimi e P. Mucio Scevola*, *Sodalitas* 4 pp.1545-1551.
- D'ORS, A. *Parerga Histórica*, Pamplona.
- D'ORS, A. Nueva lista de acciones infamantes.
- D'ORS, A. *Rec a Cenderelli*, *SDHI* 33 (1967), pp.443-447.
- D'ORS, A. *Rec a Liebs*, *SDHI* 30, 1964, pp.422-430.
- DA NOBREGA, *L'iniuria dans la Loi des XII Tables*, *Romanitas* 8 (1967), pp.250-279.
- DA NOBREGA, *Le carmen famosum et l'occentatio*, *Romanitas* 12-13 (1974), pp.324-362 (incluye la discusión posterior a la conferencia).
- DAREMBERG-SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Voces "lex" (y derivados), *libellis*, *libellus*, *liber*, *libri*.
- DAUBE, *Coll 2.6.5*, *Collected Studies in Roman Law*, 1991.
- DAUBE, *The Lex Julia concerning adultery*, *IJ* 7 (1972), pp.373-380.
- DAUBE, *Ne quid infamandi causa fiat. The roman law defamation*, *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto Verona 1948*. Milan 1948.
- DE CASTRO-CAMERO, R. *El crimen maiestatis a la luz del senatus consultum de cn.Pisone Patre*, Sevilla, 2000.
- DE DOMINICIS, *Di alcuni testi occidentali delle Sententiae riflettenti la prassi postclásica*.
- DE DOMINICIS, A. *Rapporti tra iudicium privatum e iudicium publicum dal diritto classico a Giustiniano*.
- DE DOMINICIS, *Rec a Liebs*, *IURA* 16 (1965), pp.247-250.
- DE ROBERTIS, fotocopia del índice de *Scritti varii di diritto romano*, vol. III. *diritto penale*.

- DE ROBERTIS, *La funzione della pena nel diritto romano*, Studi in onore di Siro Solazzi, 1948.
- DE SARLO, *La prigionia di Nevio*, en Studi Italiani di filologia classica 12 (1935), pp.215-226.
- DE SARLO, *Rec a Raber*, SDHI 36 (1970), pp.486-491.
- DE VISSCHER, *Il sistema romano della nossalità*, IURA 11 (1960), pp.1-68.
- DE VISSCHER, *L'action noxale d'injures, droit Hellénique et droit Romain*, TS.11, 1932.
- DE VISSCHER, *La natura juridique de l'abandon noxal*, RHD 1930, pp.411-471.
- DE VISSCHER, *Les origines de l'obligatio ex delicto*, Études de Droit Romain, Paris 1931.
- DESPORT, *Proyect d'une étude sur la notion de Carmentis son expression dans la literature latine*, REL.20, 1942, pp.40 ss.
- DI PAOLA, *La genesi storica del delitto di "iniuria"*, Annali Catania 1937/47, pp.269-294.
- DILIBERTO, *Considerazioni intorno al commento di Gaio alle XII Tavole*, Index, 18, 1990, pp.403 ss.
- DILIBERTO, *L'inesauribile tematica del "furor"*, Labeo 46 (1996), pp.107-116.
- DONATUTI, *Il soggetto passivo dell'iniuria*, Studi in memoria di Umberto Ratti, 1934.
- DONATUTI, *La schiavitù per condanna*, BIDR 42 (1934), pp.219-237.
- DUCOS, *L'influence grecque sur la loi des douze Tables*, Paris.
- DUPONT, C. *Injuria et délits privés dans les constitutions de Constantin*. AHDO-RIDA 1 (1952)
- DUPONT, C. *Le droit criminel dans les Constitutions de Constantin. Les infractions*, parte especial: crimen majestad, violencia, delito mágico, libelo famoso. Lille 1953 y 1955.
- ERMAN, *Conceptio formularum, actio in factum und ipsio iure-consumptio*, ZSS 18, pp.267 ss.
- ERMAN, *Tabulae iudicis?*, ZSS.17, 1896, pp.334-335.

- ESMEIN, *Rec a Mommsen "Römisches Strafrecht"*, RHD XXVI 1902, pp.345-353.
- FALCHI, *Diritto Penale Romano. I singoli reati*, Tomo II, Padova, 1932, pp.62 ss.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "OBSERVACIONES ACERCA DE LAS NOCIONES DE IGNOMINIA E INFAMIA EN DERECHO ROMANO", HOMENAJE A VALLET DE GOYTISOLO VOL. IV, MADRID 1998 PP. 313 SS
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *DERECHO PÚBLICO ROMANO. RECEPCIÓN, JURISDICCIÓN Y ARBITRAJE*, 11ª ED. MADRID 2008
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Privado Romano*, Iustel Madrid 2008.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "CONCEPTOS Y DICOTOMÍAS DEL IUS", RJUAM Nº 3, 2000, PP. 9-45, MADRID.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "PECUNIA NUMERATA EN FUNCIÓN DE PRECIO EN LA EMPTIO-VENDITIO ROMANA" EN ESTUDIOS HOMENAJE PROF. ÁLVAREZ SUÁREZ 1978, PP. 127-135.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *EL PRECIO COMO ELEMENTO COMERCIAL EN LA COMPRAVENTA ROMANA*, REUS, MADRID 1993, P.31 SS.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. "LA COMPRAVENTA EN DERECHO ROMANO DE OBLIGACIONES", ESTUDIOS HOMENAJE AL PROFESOR JOSÉ LUÍS MURGA GENER, PP.549-564, 1994
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. COMPRAVENTA, MATERIALES DE CONOCIMIENTO. DERECHO ROMANO. PORTAL ELECTRÓNICO DE DERECHO IUSTEL .WWW.IUSTEL.COM, 2002.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M. *El esclavo en el delito de iniuriae*, III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, León 6, 7 y 8 de febrero 1997, pp.151 ss.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M. *La difamación en el Derecho Romano*, Valencia, 2002.
- FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma, ristampa 1976.
- FLINIAUX, *L'action de arboribus succisis*, Studi in onore di Pietro Bonfante, vol.1, Milano 1930, pp.524 ss.
- FLOWER, H. *Fabulae Praetextae in context: when were Plays on Contemporary Subjects Performed in Republican Rome?.* The

Classical Quartely, New Series, vol. 45, nº 1 (1995), pp.170-190.

- FORD WILTSCHIRE, *Greece, Rome and the Bill of Rights*, Oklahoma pp.111 ss.
- FRAENKEL, *Elementi plautini in Plauto*, Firenze, pp.96 ss.
- FRAENKEL, *Franz Beckmann, Zauberei und Recht in Roms Frühzeit*, Münster, 1923, Gnomon 1, 1925, pp.185 ss.
- FRANK, *Naevius and free speech*, AJPh. XLVIII 2, pp.105 ss.
- FRANK, *The status of actors at Rome*, CPh.XXVI, 1931, pp.11 ss.
- GALENO, "Verazio il cavalieri", Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino, 1984, vol 4
- GARCÍA CAMIÑAS. J, Ensayo de reconstrucción del título IX del Edicto perpetuo: De calumniatoribus, Santiago de Compostela 1994.
- GARCÍA CAMIÑAS. J, DELATOR: UNA APROXIMACIÓN AL ESTUDIO DEL DELATOR EN LAS FUENTES ROMANAS (SANTIAGO DE COMPOSTELA, 1983);
- GARCÍA CAMIÑAS. J, LA LEX REMMIA DE CALUMNIATORIBUS (SANTIAGO DE COMPOSTELA, 1984; ISBN.: 84-7191-333-X);
- GARCÍA CAMIÑAS. J, ENSAYO DE RECONSTRUCCIÓN DEL TÍTULO IX DEL EDICTO PERPETUO "DE CALUMNIATORIBUS" (SANTIAGO DE COMPOSTELA, 1994;
- GARCÍA CAMIÑAS. J, "SOBRE LOS QUADRUPLATORES" EN STUDIA ET DOCUMENTA HISTORIAE ET IURIS, ROMA, 1, 1984, p. 461-520;
- GARCIA CAMIÑAS. J, "LE CRIMEN CALUMNIAE DANS LA LEX REMMIA DE CALUMNIATORIBUS" EN REVUE INTERNATIONALE DES DROITS DE L'ANTIQUITE, BRUSELAS, XXXVII, 1990. p. 117.
- GARCÍA CAMIÑAS. J, "PRESUPUESTOS TEXTUALES PARA UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE CALUMNIA EN EL PROCESO PRIVADO ROMANO" EN SEMINARIOS COMPLUTENSES DE DERECHO ROMANO, MADRID, 1992, III, p. 27-51;
- GARCÍA CAMIÑAS. J, "RÉGIMEN JURÍDICO DEL IUSIURANDAUM CALUMNIAE" STUDIA ET DOCUMENTA HISTORIAE ET IURIS, ROMA, 1994, LX, p. 457-468;

- GARCÍA CAMIÑAS. J, "ACERCA DEL SENADOCONSULTO TURPILIANO" EN ESTUDIOS DE DERECHO ROMANO EN MEMORIA DE BENITO MA REMUNDO YANES, BURGOS, 2000, I, P. 93-102; .
- GARCÍA CAMIÑAS. J, "RÉGIMEN JURÍDICO DEL IUDICIUM CALUMNIAE DECIMAE PARTIS" EN ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA, 2000, P. 227.239;
- GARCÍA CAMIÑAS. J, "LA ACCIÓN EDICTAL DE CALUMNIA AL CUÁDRUPLO" EN ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA, 2001, P. 343-365;
- GARCÍA CAMIÑAS. J, "NATURALEZA DEL PROCESO CRIMINAL DE CALUMNIA" EN LIBRO HOMENAJE A ILDEFONSO SÁNCHEZ MERA, MADRID, 2002, P.-45-54;
- GARCÍA CAMIÑAS. J, "LA ACCIÓN EDICTAL DE LA CALUMNIA AL CUÁDRUPLO" EN ESTUDIOS JURIDICOS IN MEMORIAM DEL PROFESOR ALFREDO CALONGE, SALAMANCA, 2002, P. 395-420;
- GARCÍA CAMIÑAS. J, "EL IUSIURANDUM CALUMNIAE EN LA EDITIO ACTIONIS Y EN LA EDITIO RATIONUM DEL ARGENTARIUS" EN ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA, 2004, P.. 369-412.
- GARCÍA GARRIDO, MANUEL J. *Miscelanea romanística*, 2006
- GARCÍA GARRIDO, MANUEL J. *-Derecho privado romano 14ª ed. 2005*
- GARCÍA GARRIDO, MANUEL J. *Derecho privado romano casos, acciones, instituciones 13ª ed. 2004*
- GARCÍA GARRIDO, MANUEL J.. *Casuismo y jurisprudencia romana (Responso) 2004*
- GARCÍA GARRIDO, MANUEL J.. *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo romano, 2001*
- GARCÍA GARRIDO, MANUEL J. *Diccionario de Jurisprudencia Romana 3a. ed., reimp..2000*
- GARCÍA GARRIDO, MANUEL J. "Redacciones coincidentes (*leges germinatae*) y casos jurisprudenciales semejantes (*capita similla*) en Estudios de Derecho Romano en honor de A. D'Ors, Pamplona, 1987, p. 517 ss
- GARCÍA GARRIDO, MANUEL J. "Realidad y abstracción de los casos jurisprudenciales romanos", en Estudios Homenaje al prof. Juan Iglesias, Madrid 1988, p. 249.

- GARCÍA GARRIDO, MANUEL J. Introducción a Florida Hidalgo, *La casuística del furtum en la jurisprudencia romana*, Madrid 1991
- GARCÍA GARRIDO, MANUEL J. Prólogo a la monografía de Maria Soledad del Castillo Santana, *Estudio sobre la casuística de las lesiones en la jurisprudencia romana*, Madrid 1994.
- GAUDEMET, *Des "droits del'homme" ont-ils été reconnus dans l'empire Romain?*, Labeo 33 (1987), pp.7-22.
- GENIN, *La répression des actes de tentative en droit criminel romain*, Lyon 1968 titule *Les délits privés*, pp.173 ss.
- GERNET, *Note sur la notion del délit privé en droit grec*, Mélanges Henri Lévy-Bruhl, Paris , pp. 393-405.
- GIFFARD, *II Les Récupérateurs*, Études de Droit Romain, Paris, 1972, pp.22 ss.
- GILIBERTI, *Beneficium e iniuria nei rapporti col servo etica e prassi giuridica in seneca*, Sodalitas 4, pp.1843-1860.
- GIMENEZ-CANDELA, *Sobre la "scientia domini" y la acción de la Ley Aquilia*, IURA 31 (1980), pp.119-134.
- GIOFFREDI, *In tema de iniuria*, Nuovi Studi di Diritto greco y romano, 1980.
- GIOFFREDI, *I Principi del diritto penale romano*, Torino, 1970
- GIOFFREDI, Nuovi studi di diritto greco e romano, *In tema di iniuria (sui fattori di formazione del diritto romano in età preclassica)*, Roma, 1980, pp. 145 ss.
- GIOFFREDI, *Su l'origine della "condemnatio pecuniaria" e la struttura el processo romano*, SDHI 12 (1946), pp.136-147.
- GIRARD, *Les jurés de l'Action d'injures*, Mélanges Gérardin, 1907.
- *Glossarium Mediae et infimae latinitatis*, DU CANGE, 1954
- GLÜCK, *Commentario alle Pandette di Federico Glück*, Libro III, Milano 1888, tradotto Contardo Ferrini, título II *De his qui notatur infamia*
- GONZALEZ, A, *"Reflexiones sobre el problema de las lesiones a un hombre libre"* en Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias 2, Seminario de Derecho Romano, Ursicinio Álvarez Universidad Complutense 1988.

- GREEN, *Notes and Discussions, The status of actors at Rome*, CPh.XXVIII 1933
- GREENIDGE, *Infamia its place in roman public and privat law*, 1ª edición Oxford 1894 reed. 1977 Alemania.
- GRIFÒ, G. *Liberta'e uguaglianza in Roma antica, L'emersione storica di una vicenda istituzionale*, Roma, 1984.
- GROSSO, *Il prezzo del meretricio*, SDHI 9 (1943), pp.289-290.
- GUARINO, *Actiones in aequum conceptae*, Labeo 8 (1962), pp.7-15.
- GUARINO, *Ineptiae iuris romani*, X, Labeo, 38 1992, pp. 314 ss.
- GUERRERO LEBRÓN, M. *La injuria indirecta en Derecho Romano*, Madrid, 2005.
- GUERRERO LEBRON, M. *La protección jurídica del honor post mortem en Derecho Romano y en Derecho Civil*, Granada, 2002.
- HAGEMAN, M. *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation*, Böhlau Verlag Köln Weimar Wien, 1998.
- HALPIN, *The usage of iniuria in the Twelve Tables*, IJ 11 (1976), pp.344-354.
- HENDRICKSON, *Conviciu*, Classical Philology, vol. 21, 1926, pp.114-119.
- HENDRICKSON, *Occentare Ostium bei Plautus*, Hermes 61, 1926, pp.78 ss.
- HENDRICKSON, *Pre-varronian chapter of Roman Literary History*, AJPh.19, 1898, pp.285 ss.
- HENDRICKSON, *The Dramatic Saturia and the Old Comedy at Rome*, AJPh.15, 1894, pp.1 ss.
- HENDRICKSON, *Verbal injury, magic, or erotic cosmus?* CPh. XX, 1925, pp.289 ss.
- HIRSCHFELD, *Antiquarisch-kritische Bermerkungen zu römischen schriftstellern*, Hermes 8, 1874, pp.468 ss.
- HITZIG, *Der griechische Fremdenprozess in Licht der neuren Inschriftenfunde*, ZSS.28, 1907.

- HITZIG, *Iniuria. Beiträge zur Geschichte der Iniuria im griechischen und römischen Rect.* München, 1899.
- HUSCHKE, *Gaius*, Leipzig, 1855, pp.116-165.
- HUVELIN, *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, Lyon, 1903.
- HUVELIN, *Les tablettes magiques et le droit romain*, Études d'Histoire du Droit Commercial Romain. Paris, 1929.
- HUVELIN, *Sur un texte d'Alfenus Varus (Dig. 9,2,fr 52,1)*, Mélanges P.F Girard.tomo1, Paris, 1912, pp.559 ss.
- *Index Interpolationum quae in iustiniani digestis inesse dicuntur*, Levy- Rabel, Weimar 1929 completado manualmente por el Prof. Wacke.
- KARLOWA, *Zur Geschichte der Infamia*, Zeitschrift für Rechtsgeschichte IX, 1870, pp.204-238.
- KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtquellen*, ZSS.73, 1956.
- KASER, *Actio ad exhibendum*, Labeo, 1959, pp.218-226.
- KASER, *Die altrömische Erbenhaftung*, RIDA 1 (1952), pp.507-544.
- KASER, *Rec a Lavaggi*, IURA 1 (1950), pp.520-524.
- KASER, *Typischer "dolus" im altrömischen Recht.*, BIDR 65 (1962), pp.79-104.
- KERÉNYI, *Satire und Satura*, Studi e materiali di Storia delle religioni, 9, 1933.
- KNAPP, *The sceptical assault on the Roman tradition concerning the dramatic satura*, AJPh.30, 1912 pp.125ss.
- KROLL, *Der Tod des Naevius*, Hermes 66, 1931, pp.469 ss.
- KÜBLER, C.Appleton, *Le fragment d'Este, Étude d'épigraphie juridique, extrait de la Revue générale du droit. Paris Albert Fontenoing. 1900.56s,8º*, ZSS.22, 1901.
- KÜBLER, *Paul Huvelin, La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain. Mélanges Appleton.Lyon 1903.131 s.8*, ZSS.25, 1904, pp.443.
- KÜBLER, *Recensión Huvelin*, ZSS.25, 1904.

- KURYLOWICK, *Paul D.47.10.26 und die Tatbestände der römischen Iniuria*, Labeo 33, 1987.
- LA PENNA, F.D. 47.10.1,6-7, *Iniuria post mortem testatoris e intramissibilità dell'actio iniurarium, Testimonium Amicitiae* (Franco Pastori), Milano, 1992, pp.183 ss.
- *Lateinische etymologisches wörterbuch*; WALDE.
- LAURIA, *Calumnia*, Studi in memoria di Humberto Rati, 1934.
- LAURIA, *Contractus, delictum, obligatio*, SDHI 4 (1938), pp.163-192.
- LAURIA, *Infames ed altri esclusi dagli ordini sacri secondo un elenco probabilmente precostantiniano*, IURA 21 (1970), pp.182-186.
- LAVAGGI, *Iniuria e obligatio ex delicto*, SDHI 142/19486.
- LEBIGRE, *Quelques aspects de la Responsabilité Pénale en droit Romain classique*, Paris 1967 pp.55 ss: Chapitre IV- L'élément intentionnel de l'infraction et la responsabilité pénale; éléments de bibliographie.
- *Lecturas de los libros 47 y 48 del Digesto por DIONYSIUS GODEFRIDUS VAN DER KEESEL*, Johannesburg, 1969.
- LEMOSSE, *Accusation calomnieuse et actio d'injures à propos d'une inscriptio récente*, RDH 31 (1953), pp.430-439.
- LEMOSSE, *Recherches sur l'histoire du serment de calumnia*, TR 21 (1953), pp.30-54.
- LENEL, *Die taxatio bei der actio iniuriarum*, ZSS 47 (1927), pp.381-382.
- LENEL, *Fingierte Litiskontestation?*, ZSS 48 (1928), pp.563-567.
- LENEL, *Intentio in factum concepta?*, ZSS 48 (1928), pp.1-20.
- LEO, *Elegie und Komödie*, Rheinisches Museum 55, 1900, pp.604 ss.
- LEO, *Livius und Horaz über die Vorgeschichte der römischen Dramas*, Hermes 39, 1904, pp.63 ss.
- LEO, *Plautische Forschungen*, Berlin 1912, pp.154 ss.
- LEO, *Varro und die Satire*, Hermes 24, 1889, pp.67 ss.

- LEPOINTE, G, *La occentatio de la loi des Douze Tables d'après Saint Augustin et Cicéron*.
- LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionem und Personem im klassischen römischen Recht*, Band 1, Berlin, 1919, neudruck 1964.
- LEVY, *Zur infamie in römischen Strafrecht*, Studi in Onore di Salvatore Riccobono, II 1956/ristampa, 1974.
- LINDSAY, *Defamation and the Law unter Sulla*, CPh. XLIV 1949, pp.240 ss.
- LIPSIUS, *Das attische Recht und Rechtsverfahren mit Benutzung des Attischen Processen*, Leipzig, 1905, pp.637 ss.
- LÜBTOW, rec PUGLIESE *Studi sull'iniuria*, ZSS, 77, 1944, pp.454 ss.
- MANFREDINI, "Osservazioni sulla compilazione teodosiana (Cth.1.1,5,6 e Nov. Theod. 1) In margine a CTh. 9, 34 (de famosus libellis)" en Atti dell'Accademia romanistica Constantiniiana 4, Perugia, 1981.
- MANFREDINI, A. "L'iniuria nelle XII tavole. Intestabilis ex lege (Cornelia de iniuriis)?" en Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Murga Gener, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1994.
- MANFREDINI, *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977.
- MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, I età repubblicana, Milano, 1979.
- MANFREDINI, *Rec a Zuccotti*, IURA 39 (1988), pp.222-225.
- MANFREDINI, Rec, POLAY, *Iniuria types in Roman Law*, Akademiai Kaidó, Budapest 1986, IURA, 37, 1986, pp.155 ss.
- MANFREDINI, Rec. Völk, *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen Römischen Recht, Studien zum Verhältnis von Tötungsverbrechen und Injuriendelikt*, Wien, Böhlaw 1984, Labeo 34, 1990, pp. 88 ss.
- MANFREDINI, "Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis" en Illecito e pena privata in età repubblicana, Atti del convegno internazionale di diritto romano Copanello 1990, Nápoles 1992.

- MARCHI, *Il risarcimento del danno morale secondo il Diritto Romano*, BIDR.16, 1904.
- MARMORALE, *Naevius poeta*, Firenze, 2ª ristampa, 1967.
- MARRONE, M. "Considerazioni in tema di *iniuria*" Synteleia Arangio Ruiz, Napoles 1964.
- MARRONE, *Rec a Raber*, IURA 22 (1971), pp.154-161.
- MARRONE.M, *Istituzioni di Diritto Romano*, 1989, pp.699-707.
- MARX, C. *Lucilii Carminum reliquae*, volumen I, Lipsiae, 1904 pp.varias.
- MARX, *Naevius*, Leipzig 1911 S-Ber-Sächr.Ges 1911/ III 55
- MASCHKE, *Die Persönlichkeitsrechte des römischen Iniuriensystems*, Breslau, 1903.
- MAYER-MALY, *Contra bonos mores*, Juris Professio. Festgabe für Max Kaser, 1986.
- MEURS, *Iniuria ipsi servo facta*, TS.4,1923.
- MINICONI, *Les termes d'injure dans le théâtre comique*, Revue des Études Latines 36, 1958, pp.159 ss.
- MINIERI, *Rec a Manfredini*, Labeo 26 (1980), pp.254-260.
- MITTEIS, *Dikaionmata. Auszüge aus alexandrischen Gesetzen und Veordungen in einem Papyrus der philologischen Seminars der Universität Halle (Pap.Hal.1). Mit einem Anhang weiterer Papyri derselben Sammlung herausgegeben von der Graeca Halensis. Berlin, Weidmannsche Buchhandlung. 1913, 252s.8. ZSS.34, 1913.*
- MOLLÁ, S, "Relación entre *iniuria* e *iniuria iudicis*", en *Liber amicorum Juan Miquel estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona, 2006.
- MOMIGLIANO, Laura Robinson, *Freedom of speech in the Roman Republic*, Baltimore 1940, JRS. XXXII, 1942, pp.120 ss.
- Mommsen, *Derecho Penal Romano*, trad. P. Dorado, ed. Temis, Bogotá, 1991 (original *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899)
- MONACO, L. "*Veneficia matronarum*" *magia, medicina e repressione*, Sodalitas 4, pp.2013-2024.

- MOREL, *La iuventus et les origines de théâtre romain*, REL.47, 1969, pp.208 ss.
- MUCCIACCIA, *In tema de repressiones delle opere infamante (Dio 55, 27)*, Studi in onore di Arnaldo Biscardi V, pp.61 ss.
- NABER, *Observatiunculae Selectae*, Jovene Editore, *Ad noxalem iniuriarum actionem*, pp.165-169.
- NARDI, Rec. Völk, *Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen Römischen Recht, Studien zum Verhältnis von Tötungsverbrechen und Injuriendelikt*, Wien, Böhlaw 1984, SDHI, LI, 1985, pp. 529 ss.
- NIPPEL, *Public order in ancient Rome*, Cambridge, 1995.
- ORESTANO, *Dal ius al fas*, BIDR 5, 1939.
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *Delitos y sanciones en la Ley de las XII Tablas*, Málaga, 1988.
- PAMPALONI, *Lezioni di Diritto Romano*, anno scolastico 1920-21, Università di Pisa. Delitti Privati. Iniuria pp.390 ss. (manuscripto impresso).
- PARTSCH, *Die alexandrischen Dikaiomata*, Archiv für Papyrusforschung, sechster band, 1920, pp.34 ss.
- PERNICE, *Marcus Antistius Labeo*, Halle 1878 zweiter band, viertes kapitel, pp.1 ss.
- PERNICE, *Parerga*, ZSS.17, 1892, pp.222-224.
- PERRIN, *Le caractère subjectif de la repression pénale dans las XII Tables*, RDH 29 (1951), pp.383-405.
- PHARR, C. "The interdiction of Magic in Roman Law", Transactions and Proceedings of the American Philological Association, vol. 63 (1932), pp. 269-295.
- PLESCIA, *The development of "iniuria"*, Labeo 23 (1977), p.271-289.
- POLAY, *Iniuria types in Roman Law*, Akademiai Kaidó, Budapest, 1986
- POLAY, *Rec a Balzarini*, Labeo 32 (1986) 3, pp.319-321.
- PUGLIESE, "Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principado".

- PUGLIESE, *Aspetti giuridici della pro Cluentio di Cicerone*, IURA 21 (1970), pp.155-181.
- PUGLIESE, *Rec a Balzarini*, IURA 34 (1983), pp.231-235.
- PUGLIESE, *Rec a Levy*, IURA 14 (1963), pp.256-264.
- PUGLIESE, *Rec a Manfredini*, IURA 29 (1978), pp.193-206.
- PUGLIESE, *Rec a Schmidlin*, IURA 15 (1964), pp.399-412.
- PUGLIESE, *Studi sull'iniura*, Padova, 1941.
- RADIN, *Freedom of Speech in Ancient Athenes*, AJPh. XLVIII 1, pp.215 ss.
- RAGUSA, *Le XII Tavole*, parte segunda, Roma 1925, capítuloX tabla 8, pp.63 ss
- RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano*, BIDR 40 (1932), pp.169-199.
- REICHENBECHER, *De vocum quae sunt scelus flagitium facinus apud priscos scriptores usu*, Weidae, 1913.
- REYNOLDS, *Criticism of individuals in roman popular comedy*, CQ.37, 1943, pp.37ss.
- RICCI, C, *Gladiatori e attori nella Roma Giulio-Claudia. Studi sul senadoconsulto de Larino*.
- RICCOBONO, *La lex XII Tabularium*, Rivista di legislazione comparata, vol. I, 1904, pp.5 ss.
- ROBINSON, *Freedom of speech in the roman republic*, Baltimore, 1940.
- ROBINSON, *Women and the criminal Law*, Raccolta di scritti in memoria di Raffaele Moschella, Perugia 1982, pp.531-560.
- ROBINSON.O.P, *The criminal Law of Ancient Rome*, Baltimore, Maryland, 1995, pp.41-54 (Cap.V Violence against the Person con notas).
- RODRÍGUEZ DÍAZ, E, A propósito de la actio iniuriarum, III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, León 6, 7, y 8 de febrero 1997, pp.349 ss.
- RODRIGUEZ-ENNES, *Notas sobre el elemento subjetivo del "edictum de effussis vel deiectis"*, IURA 35 (1984), pp.91-98.

- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. - *La distinción hurto-robo en el Derecho histórico español, en Anuario de Historia del Derecho (1962).*
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. Comentarios al Código Penal (Director), en colaboración con los Profesores Agustín Jorge Barreiro, Carlos Suárez González, Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoó Sánchez. Ed. Civitas, (Madrid, 1997).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de los conflictos, en Estudios sobre la Constitución (Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría), (Madrid, 1991).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. Información veraz y delito de injurias, en AEDE, nº 11, primer semestre, (1986).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G. Informazione, diffamazione e risarcimento nel diritto spagnolo, en Tutela dell'onore e mezzi di comunicazione di massa, (Milano, 1979).
- ROGERS, *The case of Cremuntius Cordus*, American Philological Association vol.96, 1965, pp.351ss.
- RONCONI, "Malum carmen" e "malus poeta", Synteleia Arangio-Ruiz 2, Nápoles 1964, pp.958-971.
- RUDORFF, *Edicti Perpetui*, Lipsae 1869, pp.175 ss.
- RUGGERI, "Brevi note critiche su D. 9, 2, 27, 28", IURA XLIII, 1992, pp.111 ss.
- SAGLIO- DAREMBERG, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, París 1875-1912, akademische Druck, Graz, 1963-1969.
- SANTA CRUZ TEIJEIRO y D'ORS, "A propósito de los edictos especiales 'de iniuriis' en AHDE 1979.
- SANTA CRUZ TEIJEIRO, "La iniuria en derecho romano" en Studi in onore di Cesare Sanfilippo II, Milán 1982
- SANTALUCIA, *Diritto penale romano*, Milán 1994
- SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Giuffrè, Milán 1989.
- SARGENTI, *Interrogatio in iure. Iudicium noxale. Iudicium sine noxae deditione*, SDHI 48 (1982), pp.506-520.

- SCHERILLO, *Pauli de iniuriis liber singularis*, Studi in onore di Siro Solazzi, Naples 1948.
- SERANGELI, *C.7, 16, 31 e le azioni contro il litigante temerario*, BIDR 71 (1968), pp.199-226.
- SIMON, *Begriff und Tatbestand der Iniuria im Altrömischen Recht*, ZSS.82, 1965.
- SMITH R.E, "The Law of Libel at Rome", The Classical Quarterly, New Series, vol. 1, n° 3 /4 (Jul-Oct. 1951, pp.169-179.
- SOLAZZI, *Intentio in factum concepta?*, RIDA 2 (1953), pp.411-418.
- SPAGNUOLO VIGORITA, *Actio iniuriarum noxalis*, Labeo 15 (1969) pp. 33-76.
- STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law*, Amsterdam, 1969 reedición de Oxford 1912: sobre *malum carmen*, tomo 1, pp.107 y sobre *recuperatores*, tomo 2, pp.218-221.
- SZANTO, *Die Vebalinjurie im attischen Prozess*, Wiener Studien 13, 1891, pp.159 ss.
- TAUBENSCHLAG, *Die Condemnatio pecuniaria im Rechte der Papyri*, Mélanges Henri Lévy-Bruhl, Paris, pp.297-300.
- TAUBENSCHLAG, *The Law of greco-roman Egyptin the light of the Papyri 332 B.C-640 A.D*, New York 1944. capiter III. Penal Law, pp.325 ss.
- TAUBENSCHLANG, *Das Strafrecht im Rechte der Papyri*, Leipzig und Berlin, 1916.
- TRAMPEDACH, *Die Form der Litiscontestatio im Formularprozess*, ZSS 18, 1897, pp.115 (sobre *recuperatores* y *actio iniuriarum*)
- TUPET, *La magie dans la poésie latine*, I, Paris. 1976
- USENER, *Italische Volksjustiz*, Rhemisches Museum 26, 1901, p.1 ss.
- VACCA, *Actiones poenales e actiones quibus rem persequimur*, IURA 40 (1989), pp.41-54.
- VAN KAN, *Leonard Vos, Iniuria en de actio iniuriarum*, Amsterdam, A.H.Kruijt 1913.XII und 159 s.8º, ZSS.36,1915. 117s, ZSS.8, 1887.

- VARELA MATEOS, E., *De contutoribus. Cotutela y pluralidad de tutores en Derecho Romano*, Madrid, 1979.
- VARELA MATEOS, E., "La actio tutelae y la infamia", en *Estudios en Homenaje al profesor Juan Iglesias, II*, Madrid, 1988.
- VARELA MATEOS, E., "Tutela", en *Lecciones de la asignatura de derecho romano integradas en la Base de Conocimiento Jurídico de www.iustel.com, 2002-2004*, págs. 1 ss.
- VENTURINI, *Processo penale e società politica nella Roma Repubblicana*, Pisa, 1996.
- VENTURINI, *Rec a Fanizza Delatori e accusatori. L'iniziativa nei processo di età imperiale IURA*, XXXIX 12.
- Viñas Otero, A. *Función del Tribunal de la Plebe: ¿Reforma política o Revolución social?*, Madrid, 1983.
- *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, WALTER DE GRUYTER, Berlin. New York, 1979.
- VOIGT. M, *Die XII Tafeln Geschichte und system des Civil-und Criminal-Rechtes, wie Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten. Zweiter Band: Das Civil-und Criminalrecht der XII Tafeln*. Leipzig, 1883 (sobre iniuria e incantatio).
- VÖLK, *Zum verfahren der Actio Legis Cornelia de Iniuriis, Sodalitas*, Scritti in onore di Antonio Guarino 2.
- VOLTERRA, *Diritto Romano e diritti orientali*, Jovene editore.
- VOLTERRA, Rec. Massoneau, *La magie dans l'antiquité romain*, Paris 1934, SDHA 2, 1936, pp.226 ss.
- VON LÜBTON, *Zum römisches Injurienrecht*, Labeo 15, 1969.
- WALTER, *Actio iniuriarum. Der Schutz der Persönlichkeit im südafrikanischen Privatrecht*, Berlin.
- WATSON, *Personal Injuries in the XII Tables*, TS.43, 1975.
- Watson, *Some cases of distortion by the past in classical roman law*, TR 31 (1963), pp.69-91.
- WATSON, *The Development of the Praetor's edict*, JRS. LX, 1970, pp.106ss.
- WEGGEL, *Hybrisklage und persönlichkeitschutz im geltenden Recht*, Erlangen, 1961.

- WENGER, *Hitzig, Beiträge zur Geschichte der Injuria im griechischen und römischen Recht. München Theodor Ackermann 1899.89 s. ZSS.23, 1902.*
- WIEACKER, *Zwölftafelprobleme, RIDA.3, 1956/57.*
- WITTMANN, *Die Entwicklungslinien der Klassischen Injurienklage, ZSS.91, 1974.*
- WLASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozeß, IV. Javolenus Ablehnung des iudicium pendens und des iudicium de futuro – Ausnahmen von Javolenus Grundsatz?- Nach und Gegenprozesse- das Vadimonium recuperatoribus suppositis-Formeln mit präskribierten Bedingungen?, ZSS.33, pp.109-121.*
- YAVETZ, Z. "Existimatio, Fama and the Ides of March", *Harvard Studies in Classical Philology*, vol.78 (1974), pp.35-65.
- ZUCCOTTI, *Qui malam libri censuram obcantassit...*, *Labeo* 38, 1992, pp.361 ss.